

Roberto Saba*

La elusiva frontera
entre la justicia y la política

* Abogado (Universidad de Buenos Aires), Master y Doctor en Leyes, (Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo, de Argentina. Ex Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, Argentina (2000-2009) y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (2009-2016).

América Latina ha dejado atrás en la última cuarta parte del siglo XX, una oscura y violenta etapa de gobiernos no democráticos, dictaduras y violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos, para reinstalar regímenes cuyos gobiernos obtuvieran su legitimidad a través de la elección popular y la representación de la ciudadanía en sus procesos de toma de decisión y de control. Estas nuevas democracias sucedieron a dictaduras (como en el caso de Chile, Uruguay, Brasil y Argentina, en los años 80s), a regímenes de partido único (como en México) o sistemas políticos excluyentes de la mayoría de la población (como en Bolivia durante el comienzo del nuevo siglo), pero estas jóvenes democracias no han tenido pocos problemas para lograr asentarse y mucho menos consolidarse. A pocos años de poner en funcionamiento Congresos y Poderes Ejecutivos legitimados por el voto popular, estas naciones debieron y deben enfrentar enormes crisis de confianza, apoyo y credibilidad, en la mayoría de los casos como consecuencia de una corrupción generalizada y sistémica, profundas crisis económicas y reclamos sociales de diferente tipo y exigencia. Situaciones como estas han provocado retrocesos importantes en los procesos de democratización en varios de los países de la región, que en muchos casos dieron lugar a nuevas crisis, avances y retrocesos en materia de instituciones políticas. El caso del ascenso y caída de Alberto Fujimori en Perú es probablemente uno de los más paradigmáticos del subcontinente

que podamos dar como ejemplo de este tipo de tortuoso proceso de paulatina construcción de una democracia. No fueron efectivas las quizás pocas voces de alarma que se levantaron cuando este presidente mandó a cerrar el Congreso y se arrogó para sí la suma del poder público, dando lugar a nefastas consecuencias en materia de violaciones de derechos humanos y corrupción. En Argentina, los abusos de poder del presidente Carlos Menem y la renuncia anticipada y forzada por la rebelión en las calles de su sucesor, Fernando de la Rúa, fueron también causa y manifestación del profundo escepticismo de la mayoría de la gente respecto de la política y de los mecanismos tradicionales de representación que la democracia establece. El derrumbe del gobierno de de la Rúa, a sólo dos años de haber asumido, fue provocado, luego de una profunda crisis económica, política y social, por una insurrección de la clase media y de la enorme masa de desempleados, cuya manifestación organizada fue el denominado movimiento piquetero, surgido como reacción a las políticas económicas neoliberales de los 90s. Miles de personas invadieron las calles de las principales ciudades de Argentina en diciembre de 2001 reclamando por sus ahorros congelados en los bancos a raíz de la crisis económica, o por la posibilidad de tener trabajo y salir de la pobreza, todos bajo el lema común de "que se vayan todos", aludiendo al liderazgo político. El reclamo de la ciudadanía disconforme con su gobierno, y con los que le precedieron desde hacía varios años, era que renunciaran todos los funcionarios del Poder Ejecutivo, los legisladores de ambas Cámaras del Congreso e incluso los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sospechados la mayoría de ellos de ser corruptos y de haber traicionado la confianza del pueblo. En otras latitudes, el surgimiento de líderes políticos en contextos diversos, como Hugo Chávez en Venezuela,

Rafael Correa en Ecuador, Evo Morales en Bolivia y Fernando Lugo en Paraguay, puede ser interpretado como la consecuencia de una profunda frustración de la ciudadanía de esos países con sus clases dirigentes tradicionales y sus democracias. Estas últimas eran percibidas como regímenes limitados a asegurar sólo los aspectos formales de la participación y la representación políticas que, de hecho, resultaban excluyentes de enormes sectores de la población, a veces mayoritarios y poco efectivas al momento de solucionar los problemas cotidianos de la gente. Resulta importante destacar que esta frustración con la dirigencia política no parece alcanzar al sistema democrático como tal.

Sin embargo, pese a ello, estas crisis profundas de las nuevas democracias latinoamericanas dieron lugar, en algunos casos, al surgimiento de liderazgos nuevos que conciben la representación democrática de un modo personalista según el cual el nuevo líder se relaciona directamente con sus votantes y seguidores sin intermediarios. El caso de Hugo Chávez en Venezuela y el rol secundario del Congreso en ese país desde su ascenso al poder y durante todo su mandato, o el de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner en Argentina, son ejemplos de una concepción de democracia que coloca en un segundo plano a las instancias de representación formal o informal del liderazgo político frente al pueblo y del pueblo frente al él —como por ejemplo los partidos políticos, los medios de comunicación o las organizaciones de la sociedad civil—, y ubica en el centro de la escena al líder carismático que asume esa representación.¹

¹ Para una conceptualización teórica y justificatoria de este tipo de liderazgos, ver Laclau, Ernesto, *La razón populista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005. Esta tesis fue utilizada por

Los Congresos en América Latina, en diferentes grados, fueron y son instituciones que tampoco reciben gran crédito por parte de la ciudadanía. Según el informe de Latinobarómetro de noviembre de 2018, el porcentaje de aquellos que tienen "mucho o algo de confianza" en su Congreso Nacional en América Latina es de 33% en Uruguay (el dato más alto), 28% en Bolivia, 27% en Costa Rica y 22% en México. Los países con la menor confianza en esa institución central del régimen democrático son: Perú con 8%, El Salvador con 10%, Brasil con 12%, Nicaragua con 15%, y Chile y Guatemala con 17%.² Esta percepción podría originarse, entre otras razones, en el rol secundario que la mayoría de los regímenes presidencialistas de gobierno en la región les asignan a los cuerpos legislativos deliberativos. O quizá porque son percibidos como espacios de negociación de intereses particulares sobre los cuales operan los *lobbistas* y donde se presume que tienen lugar posibles acuerdos corruptos. Los poderes legislativos, lejos de ser vistos como ágoras democráticas de deliberación pública, son asumidos como instituciones secundarias, costosas y poco eficaces y, por lo tanto, con poco prestigio. Por este motivo, el costo político que pagan los Poderes Ejecutivos cuando avanzan sobre las facultades constitucionales de legislar y controlar que tienen las legislaturas según las constituciones nacionales, es casi nulo, muy bajo o incluso implica un beneficio y aumento en la propia legitimidad del Jefe de Estado. Recordemos el cierre del Congreso por Alberto Fujimori en Perú, el desplazamiento

algunos de los movimientos y líderes mencionados como respaldo teórico de su acción política. Para una breve crítica a esta posición, ver Saba, Roberto P., "La grieta más profunda", *Diario Clarín*, Buenos Aires, 20 de marzo de 2019.

² Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, Santiago de Chile, CAF-Banco de Desarrollo de América Latina, noviembre 2018, p. 51.

del Congreso por parte de Carlos Menem en Argentina (quien gobernaba emitiendo decretos de necesidad y urgencia en materias que eran facultad decisoria del Congreso sin que mediara necesidad o urgencia alguna), o la claudicación del propio Congreso de este último país reconociendo al Poder Ejecutivo la facultad de modificar las partidas presupuestarias aprobadas por el Poder Ejecutivo sin necesidad de justificación alguna y sin control parlamentario bajo el gobierno de Néstor Kirchner.³ En todos estos casos, esas iniciativas no provocaron una reacción adversa demasiado relevante de la ciudadanía lo suficientemente efectiva como para implicar el pago de un alto costo político por parte de esos presidentes.

En este tipo contextos, el Poder Judicial no escapa al desprestigio generalizado de las instituciones de gobierno. En el último informe de Latinobarómetro (2018), aquellas personas que tienen "mucho o algo de confianza" en este órgano es de 49% Costa Rica (el dato más alto), 39% en Uruguay, 33% en Brasil, 26% en Chile, 25% en Honduras y 24% en Argentina, por citar algunos ejemplos.⁴ Pese a este relativo descrédito, los tribunales asumen en algunos países, y en ciertos momentos históricos, un rol contrario a la pasividad condescendiente con el poder político que fuera habitual en otros momentos, e incursiona con sus decisiones en casos concretos cuyos efectos impactan sobre áreas

³ La Ley 24.156 (de Administración Financiera), de agosto de 2006, indicaba que "la reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución".

⁴ Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*

que parecen ser propias, para algunos, de las instancia de decisión política.

Este fenómeno ha sido bautizado por la academia y los actores políticos como *activismo judicial*, y ha sido la causa, en algunos casos, que dio lugar a la posibilidad de reconquistar algo o gran parte de la confianza perdida de la ciudadanía en los jueces. El activismo judicial, asociado a lo que algunos autores denominan judicialización de la política, presupone un punto de referencia que permita juzgar una evolución ascendente en este nuevo rol activo de los magistrados a partir de un punto de menor o ninguna acción. En otras palabras, si algunos autores consideran que los jueces son hoy más activos que antes en materia de decisiones sobre cuestiones políticas, se debe entender que antes de ese cambio de actitud, mediaba una posición más distante, neutral o ajena por su parte respecto de cuestiones consideradas propias de la política. Si entendemos que hoy esos jueces son más activos, necesariamente debemos presumir que antes no lo eran o no lo eran tanto. Por otra parte, también se debe presuponer la existencia de una clara frontera entre la política y la justicia, de modo que su identificación nos permita sostener que los jueces la han cruzado y han incursionado con sus decisiones en el territorio que le es propio a la decisión democrática o política.

El debate sobre Judicialización de la Política desde el Derecho y la Ciencia Política

Parte de la literatura sobre judicialización de la política producida por académicos y académicas de las ciencias sociales, sobre todo desde la

ciencia política, parece presuponer una idea muy específica acerca de la actividad política —y, por consiguiente, de la actividad judicial— que entiendo subyace a lo que identifican con el fenómeno de la judicialización de la política. Esta concepción de lo que corresponde a la esfera de la política parece soslayar algunas cuestiones que son, sin embargo, centrales en el debate paralelo que se ha generado en las últimas décadas en el debate constitucional y jurídico. La noción de política que aquella literatura presupone, parece abarcar situaciones diversas que es necesario distinguir.

En principio, creo que la descripción que habitualmente se hace del fenómeno de la judicialización de la política no percibe o enfatiza lo suficiente, o al menos no explicita, dos aspectos diferentes de aquello que la teoría constitucional y jurídica identifican como "política" y que por ese motivo se funden de un modo que genera confusiones cuando se los engloba bajo el paraguas de *la política* a secas. Según la literatura más moderna sobre teoría constitucional, en una democracia constitucional existen dos tipos de acción política, una que podríamos llamar *política democrática* (que consiste en la práctica de autogobierno ciudadano, en gran parte por medio de sus representantes) y aquella que podríamos llamar *política constitucional* (que se refiere a la puja que se da en el seno de la sociedad civil y en las instituciones de la democracia constitucional tendiente a lograr la efectiva vigencia de los derechos, muchas veces liderado por movimientos sociales y en contradicción con la voluntad política de la mayoría del pueblo autogobernado democráticamente). Esta distinción, creo, arroja un poco más de luz respecto del fenómeno de la llamada judicialización de la política, pues éste, en el contexto de la democracia constitucional, puede

ser negativo y pernicioso si afecta al ámbito de la política democrática, o puede ser deseado y requerido si se refiere a la intervención del juez en el proceso, también político en algún sentido,⁵ de identificación del límite constitucional (los derechos y los procedimientos democráticos) oponible a la voluntad democráticamente expresada de la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas. A continuación, intentaré diferenciar estas dos ideas asociadas con la actividad política y sus relaciones con la actividad judicial, para luego observar de qué modo este marco conceptual permite redefinir algunos de los debates a los que me referiré en este ensayo.

Política Democrática y "Política" Constitucional

La afirmación de que la política se ha judicializado sólo es comprensible si se presupone que existen dos ámbitos claros a los que las esferas de la justicia, por un lado, y de la política, por otro, pertenecen. El fenómeno identificado como de judicialización de la política parece aludir al traspaso indebido del límite que separa ambos dominios por parte de los actores judiciales que han avanzado, debida o indebidamente, sobre el territorio de la política democrática. Ese supuesto, desde mi punto de vista, es parcialmente correcto, pero sólo parcialmente. En el debate sobre judicialización de la política no siempre resulta claro que se

⁵ En este caso uso *muy* tentativamente el término "político" y diferente del sentido que le damos a "política democrática".

advierta esta distinción entre los dos niveles de decisión que se encuentran presentes en un régimen de democracia constitucional.⁶

Las democracias constitucionales que hoy predominan en occidente y que, por supuesto, al menos como aspiración, se extienden en América Latina, encierran una aparente paradoja que es necesario conocer —y superar— para entender el fenómeno de la denominada judicialización de la política y sus matices. Estos regímenes políticos combinan dos elementos que evocan lo que Carlos Nino llamó un matrimonio difícil:⁷ el componente democrático y el constitucional.

El componente democrático del sistema establece la superioridad moral y justificación del derecho decidido por el parlamento sobre la base del ideal de autogobierno ciudadano. La democracia es un sistema político que se diferencia de otros, y se cree mejor que otros, por ser aquél mediante el cual la ciudadanía decide sobre sus propios asuntos públicos o de incidencia colectiva. La antítesis de un sistema democrático sería aquel régimen en el que algunos (generalmente unos pocos, aunque también podrían ser muchos o la mayoría) deciden por todos, desplazando o sometiendo al resto (una mayoría o minoría respectivamente) o excluyéndolo del proceso deliberativo que conduce a la decisión pública. Este sistema de autogobierno ciudadano enfrenta un desafío de primer orden al pasar de la teoría a la práctica y así poder funcionar:

⁶ Sobre estos dos niveles de decisión ver Ackerman, Bruce, *We the People*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

⁷ Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, Capítulo 1.

el de determinar cuál es exactamente la voluntad popular que da origen a la ley y que fundamenta la obediencia de todos al derecho (incluso de los que puedan estar en desacuerdo). Para ello, el diseño institucional de las democracias occidentales creó dos "muletas" con miras a paliar una dupla de problemas aparentemente, por ahora, insalvables: el de que la enorme cantidad de personas autogobernadas no puede participar directamente del proceso de toma de decisión democrático, y el de la imposibilidad fáctica de lograr el consenso entre ese número considerable de personas (además, la regla del consenso no es una regla que pueda ser justificada moralmente, dado que implícitamente le otorga poder de veto a la minoría que se encuentre conforme con el *status quo*, lo cual sería claramente antidemocrático). Las muletas del sistema para enfrentar esos dos problemas son la representación política y la regla de mayoría, respectivamente. El pueblo, entonces, se autogobierna por medio de representantes elegidos por él para tomar decisiones sobre cuestiones públicas, y esas decisiones se toman por votación mayoritaria luego de un proceso deliberativo del que todos pudieron tomar parte. Por definición, en toda decisión democrática habrá una mayoría que estará de acuerdo con ella y una minoría que la rechazará por no considerarla la opción apropiada. Sin embargo, este desacuerdo de la minoría no conduce a la afirmación de que la mayoría decidió por esta última o que sometió a la minoría a su voluntad, afirmación que llevaría a identificar al régimen como no democrático. Un argumento que permite justificar la decisión mayoritaria como una decisión del pueblo (incluida la minoría) y no de la mayoría (sobre la minoría), ni de la minoría (de representantes) sobre la mayoría (del pueblo), es el que sostiene que previamente a la decisión mayoritaria debió existir una deliberación profunda que le dio a todas las personas

(representantes y representados) la posibilidad de convencer a una mayoría acerca de la razonabilidad o superioridad de la opción defendida. Esta posibilidad de participar del proceso deliberativo y en la posterior votación en perfecta igualdad de poder (el principio de "una persona un voto", por ejemplo, expresa esta igualdad), es lo que permite sostener que la minoría y la mayoría han tomado *juntas* una decisión pública. La decisión mayoritaria, además, es siempre provisional, dado que la deliberación pública en torno a la mejor decisión posible continúa incluso después de concluida la votación, y puede ser siempre revisada y eventualmente modificada por otra decisión mayoritaria precedida de la necesaria deliberación. Esta posibilidad de que las mayorías no deciden "para siempre" y que su voluntad no resulte cristalizada, es clave en un sistema democrático de autogobierno, dado que permite a aquellos que hoy son minoría, constituirse en mayoría en el futuro como resultado de haber convencido a más personas sobre las bondades de su posición. Además, como las votaciones son sobre temas, problemas, o cuestiones particulares, el sistema posibilita que aquellos que forman parte de una mayoría determinada en torno a una cuestión particular se encuentren votando junto con aquellos que ayer confrontaron en una cuestión diferente. En una democracia están dadas las condiciones para que no haya mayorías cristalizadas cuyos integrantes se repiten en todos los temas. En suma, no hay una mayoría y una minoría, sino una mayoría y una minoría para cada decisión que se toma y ellas pueden ser siempre diferentes.

El otro extremo del matrimonio es el constitucional. No existen hoy regímenes democráticos en los que las mayorías decidan sin que deban observar un límite normativo. Por diferentes motivos cuya indagación

excede los objetivos de este trabajo, las democracias modernas son regímenes que establecen límites a la decisión mayoritaria. Esos límites se plasman y cristalizan en las constituciones. En general, ellos se relacionan fundamentalmente con dos aspectos clave de una democracia constitucional: los procedimientos democráticos de toma de decisión y los derechos fundamentales de las personas. Una democracia constitucional, entonces, no es un sistema de autogobierno ciudadano en el que el pueblo decide sobre su propio destino por medio de la regla de mayoría, sino que es un sistema de autogobierno en el que el pueblo tiene el derecho de decidir sobre cuestiones públicas siempre y cuando observe los procedimientos democráticos que presupone el régimen (y que le dan legitimidad a sus decisiones) y sin afectar derechos fundamentales reconocidos en la constitución.

La relación entre democracia y constitución es de suma cero. Todo aquello que se "atrinchera" en la Constitución, se convierte en decisiones que se retiran del ámbito de la decisión democrática⁸. Si entendemos, aunque sea sólo como convención, que los dominios de la decisión democrática equivalen a lo que algunos denominan "política", entonces la política se detiene cuando llega a las puertas de los dominios constitucionales. Constitución y política, en este sentido, son dos piezas de un mismo sistema de gobierno que deben encajar perfectamente. Todas aquellas cuestiones que se constitucionalizan, son cuestiones que se le retiran al ámbito de la política. Si la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece, por ejemplo, que el sistema

⁸ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

electoral debe ser proporcional, entonces la política democrática, aquella que el pueblo desarrolla fundamentalmente a través de sus representantes en la Legislatura, se verá constreñida por el límite constitucional. Los representantes de pueblo podrán decidir por mayoría cuál será el régimen electoral para la Ciudad, pero no tienen la libertad de establecer *cualquier* régimen electoral. Del mismo modo, si la Constitución establece los derechos de las personas, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la integridad física, entonces el pueblo autogobernado democráticamente no podrá tomar decisiones, ni siquiera abrumadoramente mayoritarias, que censuren la expresión de las personas o habiliten a la policía a perpetrar torturas. Por supuesto, la robustez, densidad o amplitud del límite constitucional, dependerá de una decisión de política constitucional que el mismo pueblo toma respondiendo a diferentes teorías acerca de lo que una constitución debe ser y es en esta decisión que se está jugando la amplitud del dominio de la democracia (o de la política). Cuanto más robusto es el límite constitucional, más reducido es el espacio que queda a la política democrática. En una democracia constitucional, la constitución opera como límite al autogobierno.⁹

En casi todas las democracias constitucionales se les reconoce a órganos que no expresan la voluntad mayoritaria, la responsabilidad de velar por el respeto que las mayorías le deben a ese límite constitucional. Este control es contramayoritario porque justamente debe operar como límite a las mayorías (y también a las minorías, cuando es la minoría de

⁹ Sobre el concepto de robustez constitucional, ver Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy...*, *cit.*

personas que conforma la mayoría parlamentaria la que eventualmente afecta los derechos de la mayoría de los representados). Dependiendo de cada sistema político y jurídico particular, este rol de control contramayoritario se le reconoce a todos los jueces (en forma individual indistintamente) o a tribunales constitucionales. En general, como sostuve más arriba y siendo muy esquemático, podemos encontrar dos modelos de control de constitucionalidad (en el sentido de identificación y aplicación del límite constitucional). Un modelo inspirado en el de Estados Unidos en el cual todos los jueces, individualmente realizan este escrutinio caso por caso y con efectos exclusivos para el caso (esto se atenúa con la vigencia de la regla de obligatoriedad de los precedentes que rigen en sistemas de *common law*), y un modelo más común en regímenes parlamentarios, sobre todo en Europa Continental, en los que ese rol lo cumple un Tribunal Constitucional, no judicial, que incluso puede hacerlo en abstracto (sin tener delante de sí un caso particular) y con efectos generales, a veces previos a la sanción de la ley, matándola o dándole para siempre su diploma de constitucionalidad.

El modelo de control de constitucionalidad de Estados Unidos se ha extendido por América Latina con mayor o menor ajuste a él. En general, de acuerdo con este modelo, los tribunales son la institución a la cual se recurre para detener o provocar la acción de las mayorías democráticas, cuando su acción o inacción afecta un derecho o viola una regla del procedimiento democrático atrincherados en la constitución. En el sentido que venimos manejando de "política", los jueces deciden sobre los límites que le son impuestos a ella por la Constitución. Los magistrados son los responsables de aplicar los límites constitucionales al accionar de la política. Cuanto más robusto es el límite constitucional,

cuantos más derechos, procedimientos y contenidos han sido atrincherados constitucionalmente, mayor es el ámbito de decisión de esos jueces. Ellos no hacen política (democrática) ni deciden (o no deberían decidir) sobre cuestiones políticas (en el sentido de política democrática), sino que se encargan de que la política no rompa el dique constitucional, por ejemplo, decidiendo por mayoría y democráticamente, luego de un proceso deliberativo, que el derecho a la integridad física puede violarse autorizando torturas en casos de una inminente amenaza o agresión terrorista.

El Caso de las Violaciones Estructurales de Derechos: Cuando el Límite entre Justicia Constitucional y Política Democrática Parece Diluirse

La distinción clara y tajante entre política y justicia (constitucional), no es curiosa ni llama la atención en países de tradición continental, donde se supone que la política democrática sólo se da, o se debería dar, en los Parlamentos y que la justicia es una maquinaria burocrática en la que unos funcionarios aplican avalorativamente la ley (esas decisiones generales que provienen de las decisiones políticas que el pueblo ha tomado a través de sus representantes) a casos particulares.

Sin embargo, las democracias constitucionales que además reconocen a los jueces la facultad de invalidar las decisiones mayoritarias (democráticas) si ellas implican una violación de derechos constitucionales o, desde el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, tratados internacionales de derechos humanos, abren la puerta para que se debata, en el ámbito

mismo de los tribunales, si la decisión política que se ha tomado merece ser considerada válida, si una nueva decisión debería tomarse en su lugar para que la Constitución sea respetada, o si una decisión en particular debería reemplazar a la invalidada. La vieja presunción de que existe un espacio para la política y otro para la justicia empieza a encontrar serios problemas para subsistir. Hemos ido descubriendo en América Latina que la línea que separa ambos dominios no es tan clara y que el ámbito de la justicia no puede limitarse a la aplicación automática de la ley, porque la complejidad del mismo proceso interpretativo de esa ley y de la constitución abre la puerta a la necesidad de un debate valorativo que tiene mucho de político (en un sentido diferente al que le damos a "política democrática"). Este "descubrimiento" se ha producido a raíz del surgimiento de diferentes casos particulares, como por ejemplo aquellos que implican violaciones estructurales de derechos (en los que, como vimos, la acción de la justicia no puede dejar de ser una acción que influye sobre la decisión que creíamos era privativa de la política); o casos en los que se debate la vigencia y respeto de derechos económicos, sociales y culturales; o incluso casos en los que los clásicos derechos civiles y políticos son vulnerados por medidas estructurales del gobierno o prácticas generalizadas en la sociedad.¹⁰

La cuestión no es si los jueces deben decidir acerca de políticas públicas, deteniéndolas o exigiéndolas por su contraposición, por existencia o por ausencia, con la constitución, los procedimientos democráticos

¹⁰ Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, Capítulo 4.

en ella establecidos o los derechos humanos por ella reconocidos, sino que la cuestión es qué debemos esperar de los jueces cuando se enfrentan con estas situaciones: ¿deben decidir en lugar del Poder Legislativo?; ¿deben callar y automarginarse del problema constitucional planteado?; o ¿deben exigir una decisión política que ellos no pueden tomar pero que los poderes políticos *deben* tomar? Volvemos así sobre algunas de las cuestiones que señalé más arriba en el contexto del caso de la superpoblación carcelaria que tomé como ejemplo y ejercicio.

En esta línea de argumentación, es preciso replantearse el significado del denominado activismo judicial. ¿En qué consiste realmente? ¿Es una práctica negativa o es una misión institucional inevitable? Si la actividad de los jueces en una democracia constitucional consiste en lograr el *enforcement* de los derechos y procedimientos constitucionales (y la consiguiente obligación de evitar la pasividad frente a las violaciones de esos derechos y procedimientos), ¿no es acaso eso que llamamos *activismo* aquello que los jueces están obligados a hacer en el marco de lo que el extremo constitucional de la democracia exige de los tribunales?

Algo similar sucede con el debate en torno a la representatividad de los actores que llevan ante los estrados de la justicia los debates constitucionales llamados de interés público.¹¹ Estos actores son generalmente

¹¹ Peruzzotti, Enrique, "Civil Society, Representation and Accountability Restating Current Debates about the Representativeness and Accountability of Civic Organizations," en Jordan, Lisa y Van Tuijl, Peter (eds.), *NGO Accountability. Politics, Principles and Innovation*, Londres, Earthscan, 2007; Saba, Roberto P., "El movimiento de derechos humanos, las organizaciones de participación ciudadana y el proceso de construcción de la sociedad civil y el estado de

organizaciones no gubernamentales (ONGs) o activistas profesionales, académicos o líderes sociales, pero en casi todos los casos, ellos no representan en un sentido formal o democrático los intereses sobre los cuales piden una respuesta judicial. Cuando una ONG de derechos humanos exige que cesen las deplorables e inconstitucionales condiciones de detención de la Provincia de Buenos Aires o el cierre de la cárcel de Guantánamo por no respetar los más básicos derechos constitucionales de los allí detenidos o por detener, generalmente estas organizaciones no *representan* a nadie en particular y *representan*, al mismo tiempo, al interés de toda la comunidad por la preservación del mandato constitucional. Muchas críticas se han vertido sobre la denominada falta de representatividad de estos actores y la consiguiente falta de legitimidad de las decisiones que ellos logran cuando se encuentran con tribunales receptivos de sus demandas; sin embargo, esta crítica sólo parece tener sentido si se identifica la actividad política que realizan esos actores con la actividad que lleva a cabo, por ejemplo, un partido político o un grupo de presión o de *lobby*, sobre el parlamento. No obstante, si la discusión que tenemos en el ámbito de los tribunales es en torno a la aplicación del límite constitucional frente a una decisión tomada en el ámbito de la política democrática, entonces el reclamo de representatividad democrática no parece ser acertado, puesto que ese actor no reclama basado en su calidad de representante de un sector, sino como representante de un principio establecido en la constitución justamente en contradicción o tensión con la voluntad

derecho en Argentina", en Panfichi, Aldo (ed.), *Sociedad Civil, Esfera Pública y Democratización en América Latina: Andes y Cono Sur*, México, Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica, 2002.

democrática. Esto no significa, sin embargo, que estos actores no deban fundar y arraigar sus reclamos en algún tipo de representación de un sector que es, por ejemplo, victimizado, pero como su reclamo no es por esas víctimas en particular, sino por la vigencia del límite constitucional a la acción de gobierno, no resulta válido reclamarle una representatividad equivalente a la que se le exige a un legislador que vota en el Parlamento o a un *lobbista* que presiona sobre el Poder Legislativo o el Ejecutivo. En este sentido, este actor social identifica su reclamo con el límite constitucional, en una situación que tiene paralelos con la identificación de la decisión de un juez también con ese límite. Ni ese actor ni el juez estarían obligados, en una democracia constitucional, a exhibir credenciales democráticas en el sentido de representar a una mayoría o incluso a una minoría (es posible que la minoría sometida o victimizada no sea consciente de sus derechos y de su condición de tal, o es posible que, como en los casos de corrupción, al ser afectada la sociedad en su conjunto, ningún afectado reclame directamente). Por supuesto, no debemos desconocer la enorme cantidad de nuevos frentes problemáticos que abre este planteo y que se encuentran reflejados en la literatura crítica a la actividad litigiosa de interés público de la sociedad civil organizada¹² y del activismo judicial, a la que me referiré más arriba.

¹² Este planteo trae aparejados debates incluso relacionados con la ética profesional de los abogados, pues es posible que los abogados activistas de interés público prefieran avanzar con un reclamo judicial en contra de la voluntad de negociar una salida con la otra parte que puede tener su cliente y que conspiraría contra la causa de interés público de la que ese cliente termina siendo un instrumento de la estrategia de acción política. Sobre estos dilemas éticos del derecho de interés público, ver Luban, David, *Lawyers and Justice. An Ethical Study*, Princeton, Princeton University Press, 1988.

Política y Decisiones Judiciales

El Poder Judicial es percibido, no sin razón, como una institución conservadora. No necesariamente en términos morales o sustantivos —aunque habitualmente esto también es así—, sino en cuanto a su resistencia a innovar o generar decisiones que sean interpretadas como parte de una toma de partido o iniciativa propia. Los jueces tienen en las democracias modernas del siglo XVIII al XX, en general, la tendencia a auto-marginarse de modo de no interferir con el poder político, es decir, con las decisiones tomadas por los poderes ejecutivo y legislativo. La explicación de esta pasividad puede encontrarse en el diseño mismo del sistema republicano y, en el caso de América Latina, en la expectativa que acerca del rol de los jueces genera la tradición continental europea, con una fuerte influencia del ideario de la Revolución Francesa. La división de poderes y la teoría de la democracia, por un lado, le reconoce a los poderes legislativo y ejecutivo la facultad excluyente de tomar decisiones políticas dada su legitimidad fundada en el voto popular. En este sentido, esta teoría política sostiene que sólo el pueblo, a través de sus representantes, puede tomar decisiones de autogobierno.

Por otro lado, la tradición civilista continental, desde la perspectiva de la teoría jurídica, marcada a fuego por la revolución francesa, primero, y por la visión del derecho que tenía Napoleón y que trasladó a la empresa de la codificación, después, entiende que el derecho limita su existencia a las normas expresadas en el Código Civil decidido por el Parlamento. Ambas teorías, la primera respecto de cómo deben operar las instituciones de la democracia, y la segunda pertinente a cómo

debe funcionar el sistema jurídico, asignan en forma combinada a los jueces un rol supuestamente apolítico, presuntamente neutro en materia de valoración moral o política. Desde la teoría política, los jueces deben abstenerse de tomar decisiones que sólo competen al pueblo, que se manifiesta por medio de sus representantes. Desde la teoría jurídica, la ley expresada en el Código Civil debe ser aplicada automática y acríticamente por los jueces.¹³ Los revolucionarios franceses tenían una profunda desconfianza hacia los jueces por dos motivos. En primer lugar, porque desde la teoría política que nutrió a la revolución, esos funcionarios no recibían su legitimidad por el voto popular y, por lo tanto, no tenían poder alguno para modificar o dejar de aplicar una decisión tomada por la Asamblea o Parlamento. Por otra parte, el cambio de régimen no operó un inmediato cambio de funcionarios judiciales, por lo que los revolucionarios no confiaban en que los magistrados del Antiguo Régimen que seguían en funciones, decidieran sobre cuestiones de justicia o de política que el pueblo había decidido democráticamente. De este modo, la teoría democrática y la tradición jurídica de la codificación coincidían en asignar a los jueces un rol circunscripto a la aplicación de la ley decidida por el pueblo y les estaba consecuentemente vedado interferir con su propio juicio con las decisiones democráticamente tomadas. Cualquier decisión de los jueces que no se limitara a esa tarea, sería percibida como carente de legitimidad. De este modo, y particularmente en la tradición continental, los jueces son concebidos como burócratas de carrera especializados en

¹³ Merryman, John Henry, *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, Capítulos 4, 5 y 8.

una tarea técnica avalorativa e inmersos en burocracias de carácter jerárquico con nulo espacio para tomar decisiones propias.¹⁴

Por otro lado, y fundado en similares ideas de corte democrático, a partir del principio de división de poderes defendido por los pensadores liberales y democráticos de los siglos XVII y XVIII, y de una sólida y antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, los jueces de las democracias modernas occidentales, y en particular de las de América Latina que han mirado con atención el modelo constitucional de Estados Unidos, han desarrollado lo que denominaron la *doctrina de las cuestiones políticas no justiciables*.¹⁵ En apretada síntesis, esta doctrina se funda en la premisa de que, en el marco de un sistema republicano de división de poderes, las decisiones políticas son tomadas por el Poder Legislativo, órgano en el cual el pueblo se halla representado en toda su diversidad, y son implementadas por el Poder Ejecutivo, que cuenta también con la legitimidad democrática que le dan los votos y que se encuentra conformado por las agencias técnicas correspondientes a cada área de gobierno capaces de poner en práctica la voluntad del pueblo expresada en el Congreso. En el contexto de este diseño institucional, los jueces son responsables de aplicar la ley a un caso concreto que le es traído ante sus estrados por las partes, que son

¹⁴ Ver Damaska, Mirjan, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Capítulo 1. Para una comparación entre la noción de juez en la tradición continental y en la del *common law* de vertiente norteamericana, ver Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos. Cultura jurídica y common law*, Bogotá, Legis, 2006.

¹⁵ Para un desarrollo pormenorizado, a modo de ejemplo, de la evolución de las cuestiones políticas no justiciables en la Argentina, ver Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 55 y 73.

las personas físicas o jurídicas que tienen un diferendo respecto de la aplicación de la ley. Los jueces, entonces, desde esta óptica, y en consonancia con el legado de la revolución francesa, deben evitar decidir sobre lo que la ley *ya decidió* y deben ajustarse a aplicarla sin crear "nueva ley".

A pesar de esta tradición política y jurídica, algunos poderes judiciales de América Latina, y en particular algunas de sus Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, han mutado en su rol, más o menos ajustados a las expectativas descritas, hacia fines del siglo XX o, desde otra perspectiva, han abandonado una pasividad injustificada, para asumir el rol que les correspondía, incursionando en lo que la literatura dominante llama judicialización de la política o activismo judicial, abandonando la tendencia a la autoexclusión y automarginación de la esfera de lo político y que definía su rol institucional. Existen varias caracterizaciones acerca del tipo de decisiones que permiten a muchos autores definir el activismo judicial que genera la denominada judicialización de la política.¹⁶ Sin ánimo de generar una nueva clasificación, sino con el objeto de proponer una síntesis que nos permita hacer más

¹⁶ Algunas de estas clasificaciones pueden verse en Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México" en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, pp. 27-44; Domingo, Pilar, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico" en Sieder, Rachel et. al. (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005; Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena Candiotti (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, pp. 45-62; Courtis, Christian, "Los reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales" en Bergalli, Roberto y Martyniuk, Claudio (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003.

manejable el concepto, creo que es posible afirmar que las decisiones habitualmente identificadas con el activismo judicial y la consiguiente judicialización de la política son aquellas que se relacionan con las siguientes cinco situaciones:

- a) *Conflictos de competencias entre el poder central y los poderes estatales en sistemas federales de gobierno*

Según Pilar Domingo, éste es uno de los temas sobre los que los tribunales de México se han pronunciado y hacia el final del dominio del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que indican la asunción por parte de los jueces de una posición activista y que marcan la existencia de una creciente judicialización de la política.¹⁷ Si bien es comprensible que exista la percepción de que los tribunales comienzan a incursionar un territorio más propio de la política cuando deciden a favor de reclamos del gobierno central o de los gobiernos locales que se reclaman competencias mutuamente debido a la histórica pasividad que pueden haber experimentado en el pasado jueces demasiado condescendientes con el poder central, no es menos cierto que este tipo de decisiones no son ajenas a la función que el constitucionalismo de raíz norteamericana ha dejado para los jueces en el contexto de naciones organizadas bajo el modelo federal. Bruce Ackerman sostiene que la Constitución de Estados Unidos, en parte, es un acuerdo entre estados preexistentes que han decidido formar una federación, y que el Poder Judicial es inicialmente percibido como el árbitro que dirime las controversias de competencia entre el poder central y los poderes autónomos locales.¹⁸

¹⁷ Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte...", *cit.*

¹⁸ Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Sin embargo, y sin poder dar mucha evidencia comparada, es probable plantearse como hipótesis que en la historia constitucional de la mayoría de los países latinoamericanos federales, la tendencia ha sido hacia la aceptación condescendiente de la usurpación de poderes por parte del poder central.¹⁹ Frente a esta pasividad, es comprensible que un Poder Judicial que repentinamente comienza a intervenir en disputas de competencias entre autonomías estatales y el gobierno central, sea catalogado como activista y sus decisiones como una forma de judicializar la política. Desde una perspectiva simétrica, la pasividad anterior de esos tribunales puede ser también vista como un modo de politización de su rol generada no por la acción, sino por la omisión que beneficia a uno de los actores de la disputa constitucional: el poder central.

b) *Conflictos electorales*

También en el caso mexicano, Domingo relaciona la tendencia al activismo judicial y la consiguiente incursión de los jueces en la esfera de lo político, con decisiones de los tribunales referidas a dirimir conflictos electorales. Una vez más, la judicialización de la política se asocia a una creciente intervención de los jueces en casos en los que habitualmente no acostumbraban decidir. Durante las siete décadas de hegemonía del PRI, y hasta los años 80, los jueces actuaban condescientemente con el poder político y sin intervenir en disputas electorales que estaban signadas por la sospecha de fraude. Con el paulatino retiro del PRI de la escena política, y en tiempos de la transición hacia un régimen de

¹⁹ Para el caso argentino, ver la evolución de la jurisprudencia sobre federalismo descrita por Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional...*, cit., pp. 56.

competencia electoral abierta, el Poder Judicial comenzó a asumir en México el rol de árbitro del sistema democrático de elección de representantes. Estas decisiones se vinculaban —y vinculan— con situaciones en las que se entiende que el procedimiento democrático de toma de decisiones políticas ha sido ignorado o burlado y en las que aquellos afectados por esa interferencia buscan en los jueces a los árbitros que reencaucen el proceso político y le devuelvan las formas democráticas.

c) Casos de control de corrupción gubernamental

Según autores como Rodrigo Uprimny, y argumentando en el contexto colombiano aunque no exclusivamente en él, se refiere a la iniciativa de algunos jueces, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, de decidir casos en los que se debaten prácticas corruptas o prácticas políticas consideradas negativas por la población.²⁰ Si bien son casos muy recientes para hacer un análisis profundo, los procedimientos judiciales dirigidos a investigar la corrupción que tuvo lugar bajo los gobiernos de Lula en Brasil y Cristina Fernández de Kirchner en Argentina han suscitado un debate similar.

d) Violaciones de derechos constitucionales por medio de una norma o práctica pública o privada que requieren de un no-hacer estatal

En un régimen de democracia constitucional, los derechos reconocidos en la Carta Magna se consideran como el límite que se opone a la

²⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia...", *cit.*

acción del gobierno.²¹ Si, además, ese régimen establece un sistema de control judicial de constitucionalidad, entonces los jueces tienen la facultad de invalidar decisiones tomadas por los órganos legislativos y ejecutivos que contradigan las disposiciones constitucionales. Generalmente aquellas constituciones que reflejan este modelo, establecen derechos que deben ser respetados por los gobiernos y por personas particulares. Si una decisión o práctica del gobierno conlleva la violación de un derecho constitucional, entonces los jueces pueden ordenar, generalmente sólo en el caso particular que llegó a sus estrados traído por la supuesta víctima, y en caso que hubiere existido o existiese al momento de discutirse el caso una afectación de un derecho constitucional y, en caso afirmativo, ordenar el cese de la acción estatal que produjo o se encuentra produciendo la afectación. Por ejemplo, si la constitución reconoce el derecho a la libertad de expresión y prohíbe la censura previa, de mediar una decisión del gobierno que prohibiera la publicación o venta de un libro, el Poder Judicial puede, a través del juez que entiende en el caso traído ante él por la persona censurada, ordenar el cese de la prohibición o de la censura. En general, en las democracias constitucionales de América Latina en las que se ha reconocido el control de constitucionalidad como una facultad de los jueces, éstos han tomado este tipo de decisiones en las que se ordena

²¹ Sobre la idea de constitución como límite de la democracia ver Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, Capítulo 1; Holmes, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262; Elster, Jon, "Regla de mayoría y derechos individuales", en Shute, Stephen y Hurley, Susan, (eds.), *Sobre Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 1998; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", en AA.VV, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, pp. 70-85; Dworkin, Ronald, *op. cit.*

al Estado el cese de una acción (por supuesto que en contextos de sistemas democráticos que funcionen con un mínimo de calidad), aunque han sido siempre más reticentes a tomarlas en los casos en que la violación del derecho requiere de una acción —y no de una omisión— estatal (me referiré a este caso particular en extenso en el siguiente párrafo). Si bien podría caracterizarse a un Poder Judicial como activista, en el sentido de que incursiona en el territorio de la judicialización de la política, si toma decisiones del primer tipo —ordenando el cese de una acción inconstitucional al Estado— que, por ejemplo, resulten molestas al gobierno o vayan contra prácticas generalizadas en la sociedad (como por ejemplo prácticas discriminatorias contra un grupo), esta clase de decisiones son sin embargo percibidas como aquellas que "normalmente" le compete decidir al juez. Un juez que ordena a un gobierno que levante la censura impuesta a un periódico, difícilmente entra en el catálogo de decisiones asociadas con la judicialización de la política, aunque el caso antes visto de casos involucrando diferendos electorales también podría ser visto de este modo, y, sin embargo, ha sido percibido como ejemplo de activismo judicial y de judicialización de la política.

- e) *Violaciones estructurales de derechos constitucionales por medio de una norma o práctica estatal, o por su ausencia, que requieren de una acción del Estado para su cese*

A diferencia del caso anterior, existen situaciones en las que la violación del derecho se origina en la implementación de una política pública contraria al derecho en cuestión o en la ausencia de una política pública tendiente a asegurar un derecho. En estos casos, la obligación

del Estado prevista en la Constitución para honrar un derecho determinado no se corresponde con un *no-hacer* estatal, sino con un *hacer* del gobierno, como en el caso clásico de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque no exclusivamente en él. El derecho a la salud, por ejemplo, un típico derecho social, sólo puede ser asegurado por una política pública de salud implementada por el Estado, como una política de vacunación o de asistencia médica gratuita. A diferencia del caso de los derechos que requieren para su respeto de una omisión estatal (que el gobierno no censure, por ejemplo), en estos casos el derecho requiere, para ser respetado, de una acción estatal (una política pública que demanda decisión política, recursos públicos, una infraestructura física y administrativa, etc.). En las últimas dos décadas se ha desarrollado una abundante y sofisticada literatura en América Latina tendiente a demostrar por qué los jueces deberían intervenir en el caso de violación de derechos sociales, tal como lo hacen en el caso de derechos que requieren de un no hacer estatal (comúnmente relacionados con los derechos civiles o políticos).²² Esta producción académica, que no sólo analiza la situación de la región, sino que la compara con iniciativas similares en otras partes del mundo en vías de desarrollo,²³ ha

²² Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007; Pérez Murcia, Luis Eduardo et. al., *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, Nro. 3, 2007; Contarini, E. et. al., *Los derechos económicos, sociales y culturales: Un desafío impostergable*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1999.

²³ Ver AA.VV., *Rompiendo la indiferencia. Acciones ciudadanas en defensa del interés público*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000; De Sousa Santos, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

surgido como reacción y como disparador de decisiones judiciales tomadas en los países de la región dirigidas a ordenar a los gobiernos el cese o implementación de políticas públicas que aseguren el ejercicio de derechos que demandan un hacer estatal. El caso de las decisiones tomadas por diferentes tribunales argentinos sobre derecho a la salud ordenando medidas al gobierno que son básicamente políticas públicas en el área (como por ejemplo la implementación de una política de vacunación),²⁴ o el amplio abanico de decisiones sobre derechos sociales tomadas por la Corte Constitucional de Colombia,²⁵ resultan ser muy ilustrativos de este tipo de decisiones identificadas que motivan la percepción de una creciente judicialización de la política.

Por otro lado, pese al énfasis que se ha puesto en el debate especializado en las decisiones judiciales tendientes a asegurar derechos sociales como una muestra de lo que los jueces hacen —o deberían hacer— en cuanto a forzar al Estado a implementar políticas públicas imprescindibles para el goce de derechos constitucionales, este tipo de decisiones no se limitan a esos derechos clásicamente identificados con acciones estatales. También pueden esperarse decisiones de este

²⁴ Ver Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en AA.VV., *Derecho y Pobreza*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2005, Buenos Aires, 2005, pp. 161-186.

²⁵ Para el caso del derecho a la educación en Colombia, ver Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Garabito, César, "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria" en Pérez Murcia, Luis Eduardo et. al., *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, Nro. 3, 2007. También ver Uprimny Yepes, Rodrigo et. al., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

tipo por parte de los jueces en situaciones en las que los derechos afectados por el Estado son los antiguos y tradicionales derechos civiles y políticos, pero en las que la causa de la violación es una práctica o contexto estructural de afectación de esos derechos que requiere también de una acción estructural del Estado para acabar con la violación del derecho en cuestión. El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado, o el derecho de las personas privadas de libertad a gozar de condiciones de detención dignas, son derechos usualmente identificados como dependientes de un no-hacer estatal. Por ejemplo, si el Estado discrimina a una persona arbitrariamente negándole el acceso a un empleo por su raza; o si el derecho de una persona a ser tratada dignamente durante el plazo que se encuentra ejecutando una pena en prisión requiere de que se le alimente correctamente, entonces el cese de la discriminación o del acto de no alimentar a un interno pueden ser ordenados por el juez que entienda se está afectando alguno de esos derechos. Sin embargo, es posible que la discriminación o trato desigual sea la consecuencia de una práctica racista generalizada tendiente a someter a un grupo y sumirlo a un estado de subordinación. En ese caso, la obligación estatal será la de articular una política general que tenga por objeto dismantelar el sistema de castas creado a partir de esa práctica de sometimiento de un grupo por otro²⁶ (en esta categoría de casos se inscriben las decisiones tomadas por los tribunales de Estados Unidos, y en particular su Corte Suprema de Justicia, contra la segregación racial).²⁷ También es posible que la violación

²⁶ Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley...*, cit., Capítulo 4.

²⁷ *Ibidem*. Ver también Tushnet, Mark V., *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1987.

del derecho a condiciones dignas de detención se origine en una negligente política carcelaria, que un juez podría ordenar modificar, al tiempo que también exige implementar una nueva política ahora respetuosa del derecho (como en el caso de la decisión tomada en el caso *Verbitsky* por la Corte Suprema de Argentina).²⁸

En síntesis, el activismo judicial y la judicialización de la política se consideran en aumento cuando los jueces comienzan a tomar decisiones tendientes a forzar al Estado a implementar políticas tendientes a lograr el ejercicio efectivo de derechos que, para su goce, requieren de esas políticas, sean ellos derechos económicos, sociales y culturales, o derechos civiles y políticos que sólo pueden convertirse en realidad si media una estrategia estructural diseñada e implementada por el Estado. Estas sentencias judiciales usualmente requieren de decisiones políticas sobre las cuales el proceso democrático puede no haber logrado un consenso, o de recursos materiales que pueden no haber sido identificados como prioridad por el Congreso al decidir la ley de presupuesto, o de una burocracia y una infraestructura que pueden no existir al momento de tomarse la decisión judicial. Por el modo en que este tipo de decisiones judiciales parecen "invadir" el territorio de la actividad política democrática, ellas son consideradas como parte de ese activismo que genera una creciente judicialización de la política.

Se han formulado muchas críticas contra este tipo de decisiones y volveré sobre ellas más adelante, pero mencionaré aquí explícitamente

²⁸ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS y Siglo XXI Editores, 2008, pp. 120-128.

una en particular, que se refiere directamente a la cuestión de la representación política y que se relaciona con el hecho de que en estas situaciones parece suceder que algunos actores buscan obtener de los tribunales lo que no han sido capaces de obtener por medio del proceso democrático por no haber logrado reunir el acuerdo de la mayoría de las personas que participan de él. De este modo, se sostendrá, una minoría busca forzar el lanzamiento de una política pública, cambiar su curso o impedir una decisión que fue tomada en el ámbito de la política democrática. Esta crítica se corresponde con una importante producción académica identificada con lo que podríamos denominar posiciones democrático-radicales que descreen de la posibilidad de justificar que un órgano contramayoritario como el Poder Judicial invalide o fuerce al pueblo a hacer aquello que no desea hacer.²⁹

Un aspecto menos trabajado en la literatura especializada, pero que profundiza la evolución del fenómeno identificado como judicialización de la política, es el del creciente recurso por parte de las víctimas y de las ONGs a los instrumentos de derecho internacional de derechos humanos y a los órganos y procesos que ellos proveen para incidir sobre las decisiones de los gobiernos nacionales. En la región, es para-

²⁹ Sobre la crítica a la facultad de los jueces de ejercer el control judicial de constitucionalidad más allá de velar por el buen funcionamiento de las precondiciones del proceso democrático de toma de decisiones, ver Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007; Gargarella, Roberto, "The majoritarian reading of the rule of law", en Maravall, José María y Przeworski, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 147-167; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", *cit.*; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

digmático el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y del rol que juegan en él tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para forzar a los gobiernos a modificar o a implementar una política pública específica de modos de cumplir con las obligaciones nacionales contraídas al suscribir tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).³⁰ La CADH es un tratado internacional y, como tal, es un compromiso que los Estados firmantes adquieren entre sí de respetar los derechos reconocidos en esa Convención. El artículo 2 de ese acuerdo abre la puerta de entrada más clara y formalmente establecida hacia la judicialización de la política que existe en los ordenamientos jurídicos nacionales de los países de la región. Esto explica la acción adversa producida por Brasil contra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos luego de la medida cautelar emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marco del caso Belo Monte en 2007.³¹ Esa cláusula establece el "deber de adoptar disposiciones de derecho interno" y dice textualmente que "si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados

³⁰ Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998; Sikkink, Kathryn, "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America", en Sieder, Rachel et. al. (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005. En el caso argentino, ver CELS, *La lucha por el derecho...*, cit.; AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Buenos Aires, Centro de Estudios de Legales y Sociales (CELS) y Editores del Puerto, 2008; Domingo, Pilar, "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", *Democratization*, Vol. 11, No.1, Londres, Frank Cass, London, febrero 2004, pp. 104-126.

³¹ Galvis, María Clara y Salazar, Katya, "Derechos humanos y desarrollo económico: ¿cómo armonizarlos? Human Rights and economic development: how to harmonize them?", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, No. 9, 2013, pp. 195-203.

en el artículo 1³² no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." Esto significa que la violación de un derecho establecido en la CADH por parte de un Estado firmante, y agotados los recursos internos para reclamar por ese derecho (como por ejemplo los tribunales del país en cuestión) sin obtener una respuesta que reestablezca el goce del derecho, habilita a la víctima a recurrir con su caso a los órganos del Sistema de acuerdo con los procedimientos allí establecidos. El reclamo no consistirá, como sucede en los tribunales nacionales, en solicitar que el juez ordene al Estado respetar el derecho y cesar en su acción u omisión violatoria, sino que versará sobre la necesidad de que el Estado cumpla con el tratado, es decir, con el artículo 2 de la CADH. En otras palabras, una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, consistiría en que el Estado "adopte" aquellas disposiciones —el pacto dice "medidas legislativas o de otro carácter"—, de derecho interno que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades previstas en el tratado. Si bien el artículo 2 dice explícitamente que para lograr tal objetivo el Estado en cuestión debe tomar estas decisiones de acuerdo con los "procedimientos

³² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

constitucionales" correspondientes en cada nación, esta disposición lo obliga a tomar una decisión acorde con lo que la Corte ordene (que se funda en lo que el tratado exige) y lo coloca en una posible tensión con lo que la mayoría del pueblo o de los representantes de ese Estado desea, en caso de que esa voluntad política contradiga el compromiso internacional y la sentencia de la Corte. El potencial de este sistema internacional de protección de derechos humanos para que las ONGs que militan por la implementación de políticas públicas necesarias para ejercer derechos puedan forzar a sus gobiernos a tomarlas por la vía de lograr una sentencia favorable de la Corte Interamericana, por ejemplo, es formalmente enorme. Ello es así porque el tipo de remedio que la Corte puede ordenar es casi siempre uno de tipo estructural y, por ende, en potencial conflicto con los órganos democráticos de gobierno del país en cuestión. Se da así un fenómeno novedoso para los estudiosos de la judicialización de la política y que podríamos dar en llamar "judicialización internacional de la política", dado que en esta variante del fenómeno no son los jueces los que con sus decisiones parecen avanzar sobre los territorios de la política, sino un tribunal internacional con sede en Costa Rica o una Comisión con sede en Washington, los que ordenan a un gobierno, a su Congreso, a su Poder Ejecutivo e incluso a su Poder Judicial, tomar medidas específicas tendientes a acomodar su derecho interno con el las provisiones del tratado internacional suscripto.

Más allá de las dificultades que aún hoy el sistema interamericano de protección de derechos enfrenta, sobre todo en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias de la Corte contra los Estados y por parte

de éstos, no son pocas las ONGs de la región que han adquirido una notable capacidad para utilizar el sistema con miras a avanzar con sus agendas de derechos asociados con la implementación de políticas públicas. De ese modo, el sistema internacional de protección de derechos provee de una plataforma formalmente formidable que permite a las ONGs o activistas individuales presentarse de igual a igual con un gobierno para exigir aquellas medidas que la Comisión o la Corte entiende son necesarias para acomodar los sistemas jurídicos internos con los compromisos internacionales.³³

Causas de la denominada judicialización de la política

Como señalé más arriba, la afirmación de que ha surgido o que se ha incrementado el fenómeno denominado de judicialización de la política, presupone que los jueces han comenzado a tomar decisiones en las materias referidas en la sección anterior que no solían tomar (y que desde ciertas perspectivas críticas no deberían tomar). Muchos autores han tratado de explicar qué es lo que disparó este proceso. Dependiendo de los diferentes contextos políticos nacionales, es posible identificar diversas causas detrás de la voluntad de los tribunales de asumir un rol más activista en el sentido que definí anteriormente. A continuación, me detengo en las causas habitualmente identificadas en la literatura y en la práctica.

³³ AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local...*, cit.

La judicialización promovida por el poder político

Una primera causa asociada a la existencia o incremento de la judicialización de la política estaría relacionada con la necesidad de la dirigencia política de enviar señales a una ciudadanía descreída, desconfiada y escéptica respecto de su accionar, que indiquen un cambio de actitud de su parte con miras a recuperar su confianza. De este modo, los líderes políticos reconocen la independencia de los jueces y manifiestan su conformidad con sus decisiones y el futuro acatamiento de ellas. Esto es lo que puede haber sucedido en México, donde luego de siete décadas de control hegemónico del PRI del escenario político, y frente a una situación insostenible de descrédito público y demandas de cambio, los líderes políticos mexicanos manifestaron su voluntad de acatar las decisiones que los jueces tomaran en materia electoral, lo cual parece haber generado en los magistrados un incentivo para abandonar su anterior pasividad.³⁴ Este cambio de rol activó lo que algunos autores denominan *accountability* horizontal,³⁵ es decir, la rendición de cuentas de actores gubernamentales frente a otros actores estatales depositarios de facultades de control, en este caso los jueces.

³⁴ Ver Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte...", *cit.*; Domingo, Pilar, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role...", *cit.*

³⁵ O'Donnell, Guillermo, "Horizontal Accountability: Legal Institutionalization of Mistrust", en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher, *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, OUP, 2003; O'Donnell, Guillermo, "Acerca de varias *accountabilities* y sus interrelaciones", en Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001; Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina, "Accountability social: la otra cara del control", en Peruzzotti, Enrique y Smuovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

La judicialización promovida por las Organizaciones de la Sociedad Civil y una visión más robusta de los derechos por la sociedad en general

En este segundo caso, la judicialización ha sido promovida por un potente activismo desde organizaciones de la sociedad civil (OSCs) y los movimientos sociales que tienen por objeto avanzar en la protección y efectiva vigencia de derechos humanos y que tomaron conciencia del potencial que existía en el litigio como estrategia tendiente a forzar a los jueces a ordenar a los gobiernos a tomar decisiones e implementar políticas.³⁶ Si bien muchas OSCs han recurrido por décadas a los tribunales para lograr la investigación de violaciones de derechos humanos o el castigo de sus responsables, la actividad que se entiende disparó la judicialización en las últimas tres décadas tiene que ver con un tipo particular de litigio denominado *de interés público*, y que tiene por objeto producir cambios sociales (cambios en prácticas sociales o políticas públicas) por medio del litigio en los tribunales de casos paradigmáticos en los que más allá de discutirse el caso concreto de una persona afectada, se debate implícitamente la necesidad de cambiar una situación de la que ese caso es sólo un ejemplo. Como argumentaré con más detalle más adelante, el establecimiento del control judicial de constitucionalidad que reconoce a los jueces el poder de invalidar una decisión del gobierno (del Congreso o del Poder Ejecutivo) por ser ella

³⁶ Smulovitz, Catalina, "The Discovery of Law: Political Consequences in the Argentine Case", en Dezalay, Yves y Garth, Bryant (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, Michigan University Press, 2002, pp. 249-275.

inconstitucional, o de exigir la toma de una decisión por ser su pasividad contraria al mandato constitucional, es una poderosísima herramienta política que hasta los años '90 no había sido descubierta por las OSCs de derechos humanos o de otro tipo (ambientalistas, por ejemplo) de la región, y aun hoy muchas la ignoran. Una de las razones del desconocimiento de esta estrategia de acción política desde la sociedad civil podría encontrarse en la visión que la mayoría de los países de América Latina, cuyos sistemas jurídicos son herederos de los poderes coloniales que los originaron, tienen de los jueces y del tipo de actividad que se desarrolla en los tribunales. Como sostuve más arriba, la tradición civilista ve al derecho como una ciencia, a la ley como un texto con significado autoevidente, y a la actividad de los tribunales como apolítica. La práctica de trasladar el reclamo por mejores condiciones de vida, envuelto en un lenguaje de derechos, a los tribunales, sin embargo, es muy usual y antigua en Estados Unidos, donde las OSCs que tienen como objeto lograr la protección de los derechos civiles la han utilizado desde comienzos del siglo XX.³⁷

El llamado litigio estratégico, en el sentido de plantearse una estrategia litigiosa en tribunales tendiente a demoler un régimen legal que se considera contrario a lo justo (y por ello inconstitucional), fue hábil y exitosamente utilizado por los afrodescendientes en Estados Unidos para desmontar una práctica social compleja y una institucionalidad formal establecida tendiente a segregarlos y apartarlos de los ámbitos de la política, la educación, el mercado laboral, etc. Luego de casi cincuenta

³⁷ Ver Cole, David, *Engines of Liberty. The Power of Citizens Activists to Make Constitutional Law*, Nueva York, Basic Books, 2016.

años de litigio en diferentes estados del país con muchas victorias parciales, la *National Association for the Advancement of Color People* (NAACP), logró su mayor victoria en 1954 en la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso *Brown v. Board of Education*.³⁸ De acuerdo con esta decisión, la política de segregación racial instalada no sólo desde las prácticas sociales, sino también desde la ley en los Estados Unidos, era contraria a la protección constitucional de la igualdad ante la ley y, por ese motivo, la Corte ordenó en *Brown* a todos los estados de la nación implementar políticas de desegregación racial en la totalidad de las escuelas del país. El éxito logrado por el movimiento de derechos civiles en el uso de esta estrategia motivó la imitación de otros movimientos sociales a recurrir a ella, como fue el caso del de los derechos de la mujer, el de los derechos de las personas con discapacidad, el de los derechos de los trabajadores o el movimiento ambientalista, que reprodujeron la estrategia del litigio de interés público para avanzar con sus agendas. Es cierto que el régimen de *common law* con la adopción de la regla de precedente, según la cual una victoria lograda en un tribunal elevado, como la Corte Suprema, se torna una decisión obligatoria que deberá ser seguida por todos los tribunales inferiores, genera importantes incentivos para concentrar energías en lograr una decisión judicial por parte de activistas y OSCs. En la tradición continental, en cambio, la inexistencia de esta regla genera un cálculo inverso, y quizá ello explique por qué el litigio estratégico fue soslayado en América Latina por tantos años. Sin embargo, diferentes causas pueden haber contribuido a que las OSCs de la región y los activistas de derechos

³⁸ Ver Tushnet, Mark V., *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education...*, cit.

empiecen a imitar a sus colegas del norte. Una de ellas se relaciona probablemente con la proliferación y posterior profesionalización de las OSCs de la región, proceso que parece haber cobrado impulso en los 80s y 90s.

Por otro lado, y relacionado con esto, se podría sostener que la decisión de fundaciones y donantes para el desarrollo de proyectos de derechos humanos también apostaron a esta estrategia generando el incentivo correspondiente para que las OSCs y los activistas la llevaran adelante. El caso probablemente más importante es el de la Fundación Ford³⁹ y, más tarde, el del *Open Society Institute*, aunque éste último más enfocado a la aplicación de esta estrategia para fines específicos relacionados con su agenda (el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, por ejemplo), que a la diseminación de la estrategia como tal (que parece haber sido el caso de la Fundación Ford en los 90s). En tercer lugar, se manifestó en los 90s la tendencia según la cual jóvenes abogados se inclinaron a cursar estudios de postgrado en Estados Unidos, muchas veces becados o apoyados por las propias universidades de destino o por fundaciones con base en ese país, bajo el compromiso de retornar a sus países y organizaciones para realizar aportes en el área específica del derecho de interés público. Estos abogados y abogadas tomaron contacto en Estados Unidos con profesores, cursos, OSCs de derechos humanos, estudios jurídicos que realizan trabajo

³⁹ AA.VV., *Rompiendo la indiferencia...*, cit.; Hershkoff, Helen y McCutcheon, Aubrey, "Litigio de Interés Público: Una perspectiva internacional", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

pro bono de interés público y clínicas jurídicas de facultades de derecho, e importaron estas experiencias a sus ámbitos locales (OSCs, facultades de derecho, estudios jurídicos, etc.). Por último, y por similares razones, se crearon en la región (fundamentalmente en Perú, Chile, Colombia y Argentina) las denominadas Clínicas de Interés Público dentro de Facultades de Derecho con programas e iniciativas tendientes a modernizar los programas de estudios de los futuros abogados.⁴⁰ Estas Clínicas Jurídicas brindan a los estudiantes de derecho, habitualmente acostumbrados a ser formados para el litigio de defensa de intereses privados, la oportunidad de exponerse a un tipo de litigio estructural y estratégico de interés público tendiente a producir cambios sociales, y generalmente asociado a una agenda de derechos humanos o de control del poder político. Las Clínicas sirvieron —y continúan sirviendo— como reservorio y formación de jóvenes profesionales que luego alimentaron los equipos de trabajo de las OSCs de derecho de interés público y de derechos humanos, así como parte de los planteles docentes de las mencionadas Facultades de Derecho.⁴¹ En el caso particular de este tipo de prácticas desde la sociedad civil tendientes a

⁴⁰ Los casos más relevantes de la región han sido los de las Universidades Diego Portales en Chile, la de Palermo en Argentina y la de los Andes en Colombia.

⁴¹ Abramovich, Víctor, "La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público. Materiales para una agenda temática", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones Especiales, Nro. 9, Santiago de Chile, 1999; McCutcheon, Aubrey, "Clínicas de asistencia legal en las universidades: Una presencia internacional creciente con innumerables beneficios", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000; Smulovitz, Catalina, "Acciones en defensa de intereses públicos. Comentarios desde la ciencia política", en González Morales, Felipe (ed.), *Clínicas jurídicas y las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.

provocar la decisión judicial, y a diferencia del caso anterior donde la activación se daba a partir de acuerdos de élites políticas, lo que se pone en marcha en estos casos es un mecanismo de *accountability* social que intenta controlar y forzar a rendir cuentas o a actuar al Estado con iniciativas que surgen desde la ciudadanía y que obligan a los jueces (control horizontal) a hacer su trabajo. Es de destacar que estos jueces podrían ser refractarios a esta propuesta de activación, pero lo cierto es que lo que sucedió en muchos países fue justamente lo contrario. El Poder Judicial no es un bloque homogéneo, sino que está compuesto por miles de jueces que deciden de un modo prácticamente independiente entre sí, lo que genera una amplia gama de posibilidades de acción, pues lo que un juez niega otro lo puede aceptar. Por otro lado, si los jueces están inclinados a tomar decisiones activistas, necesitan imprescindiblemente de estas OSCs, activistas individuales y Clínicas Jurídicas, que son los actores que les traen los casos para que ellos puedan tener la oportunidad de decidir. Como los jueces sólo se pronuncian en el contexto de casos o planteos abstractos, pero siempre traídos a sus estrados por algún actor, el activismo de los jueces, incluso cuando sean proclives a llevarlo a cabo, requiere de estos agentes activos en la sociedad civil para poder proceder.

La judicialización promovida por los propios jueces

Finalmente, y en relación con lo dicho al finalizar el párrafo anterior, la otra fuente de promoción de la judicialización pueden ser los propios jueces que, por diferentes razones optan por tomar decisiones activistas. Una de las razones para que ellos tomen esta iniciativa puede

ser su percepción de que la comunidad política está necesitada de un Poder Judicial que canalice reclamos de justicia que no ve reflejados en el trabajo de los órganos políticos del Estado (el Congreso y el Poder Ejecutivo, nacional, provincial o local). Este vacío en materia de representación de intereses o de solución de problemas sociales puede ser llenado por jueces que entienden que es su deber tomar las decisiones que el poder político no está tomando. Por otro lado, esta inclinación al activismo por diferentes incentivos, puede encontrarse con una sociedad civil también activa que al llevarle casos y planteos a los tribunales les brinda a los jueces la oportunidad de tomar decisiones que de otro modo no podrían tomar.

Condiciones para el Surgimiento o la Profundización de la denominada Judicialización de la Política

Para que la judicialización tenga lugar y para que los jueces puedan tomar decisiones denominadas activistas, parece ser necesario que se den ciertas condiciones estructurales que no necesariamente deben coincidir, pero que, cuando varias de ellas tienen lugar al mismo tiempo, generan el contexto propicio para que el fenómeno tenga lugar. Algunas de esas precondiciones más relevantes son las siguientes:

El establecimiento de un sistema de control judicial de constitucionalidad

Como mencioné más arriba, los sistemas de tradición continental inspirados en el modelo de judicatura surgida luego de la revolución

francesa, fueron diseñados sobre la base de una profunda desconfianza en los jueces.⁴² Esto implicó la expectativa de limitar sus facultades a la mera aplicación automática de la ley y la imposibilidad de que estos funcionarios, percibidos como burocráticos y apolíticos, no impidieran la implementación de las decisiones tomadas por el pueblo en procesos democráticos y deliberativos.⁴³ En Estados Unidos, por su parte, heredero del *common law* británico, se diseñó un modelo de Poder Judicial fundado en la desconfianza madisoniana de la voluntad política de las mayorías democráticas y en la consiguiente aspiración de proteger los derechos de las minorías que podrían ser afectados por aquellas. Esto dio lugar a la aceptación de un rol poderoso para los jueces de ese país consistente en la facultad de controlar la validez constitucional de las leyes y de toda norma emanada del gobierno que no se ajustara al mandato de la Carta Magna de esa nación. Esto es lo que en el mundo anglosajón se conoce como *judicial review* y que denominamos en español *control judicial de constitucionalidad*. Países como Argentina adoptaron este modelo en épocas tan tempranas como el mismo comienzo de su historia constitucional en el siglo XIX.⁴⁴ Otros países incorporaron ese modelo u otros similares en tiempos más recientes.

⁴² Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Garabito, César, "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia...", *cit.*

⁴³ Ibañez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.

⁴⁴ Ello se realizó, igual que en los Estados Unidos, por medio de la jurisprudencia. El fallo *Sojo* decidido por la Corte Suprema de Argentina, que reconoció a los jueces esta facultad, es llamativamente similar al caso *Marbury v. Madison*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, piedra angular del *judicial review* en ese país. Ver Miller, Jonathan M., "Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia," *El Derecho*, Buenos Aires, 17 de octubre de 1986; Miller, Jonathan *et. al.*, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Volumen 1, Buenos Aires, Astrea, 1987.

Hoy casi todos los países cuentan con un régimen de control de constitucionalidad que le da a los jueces en general (en cabeza de cada uno individualmente) o a un Tribunal Constitucional esta función. El que los jueces tengan habilitada esta instancia genera, por un lado, un incentivo para que activistas de la sociedad civil impulsen el tipo de iniciativas que se mencionaron más arriba y, por el otro, una oportunidad para que los jueces que tengan la voluntad de ejercer esa función activamente lo hagan. Es verdad que, como señalé para el caso argentino, los jueces han desarrollado, al igual que lo han hecho en el pasado sus pares de Estados Unidos, la doctrina que dieron en llamar de las *cuestiones políticas no justiciables*, por medio de la cual renunciaban a ejercer esa función de control en muchísimos casos, motivados posiblemente por una política de autoprotección y no confrontación con el poder político. También es probable que la posible evaluación de esos mismos magistrados de que no contaban o cuentan con el poder suficiente para hacer cumplir la sentencias que deberían dictar obligando al poderoso gobierno a hacer o dejar de hacer ciertas cosas, haya motivado una exacerbada cautela por parte de los jueces al momento de evaluar hasta donde debían llegar en el ejercicio del control de constitucionalidad. Sin embargo, cuando se dan ciertas circunstancias como las que veremos en los parágrafos siguientes, y ellas se combinan con la iniciativa de algunos jueces, a veces en la misma Corte Suprema o Corte Constitucional, de ejercer ese poder, el denominado activismo parece encontrar terreno fértil para desarrollarse.

Por otra parte, es preciso agregar que, incluso en los casos de países de tradición continental que han incorporado un modelo de control judicial de constitucionalidad (desde 1958, incluso Francia lo ha hecho), no

han imitado al *common law* en un rasgo que es idiosincrático de esta tradición anglosajona y que consiste en incorporar la regla de obligatoriedad del precedente (*stare decisis*). Esta carencia de los sistemas de control de constitucionalidad en países de tradición continental como los latinoamericanos, ha sido siempre un obstáculo y una prevención para iniciativas de litigio de interés público y para tomarse demasiado en serio el activismo judicial, dado que las decisiones de cada juez o tribunal en términos individuales, en principio y formalmente, no genera una obligación en otros magistrados en lo que respecta a decisiones que ellos deberán tomar en casos similares. La posibilidad de que los jueces no deban seguir obligatoriamente los precedentes de sus colegas, ni siquiera cuando ellos provienen de tribunales superiores o de la misma Corte Suprema, ha debilitado estas prácticas litigiosas desde la sociedad civil y han atenuado el impacto del activismo judicial en América Latina. Sin embargo, la fuerza de los precedentes, sobre todo cuando son establecidos por tribunales elevados en la jerarquía (Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales, Cortes de Casación y Cámaras de Apelación), pese a no tener una fuerza normativa formal, son relativamente acatados por los tribunales inferiores. Por otro lado, las ONGs y otros activistas de derechos han utilizado diferentes estrategias, como el recurso a los medios de comunicación, para difundir precedentes que, por su adhesión social, son difíciles de modificar sin el consiguiente alto costo político y reputacional para el magistrado que lo haga. En este sentido, han surgido observatorios de jurisprudencia que intentan hacer *accountable* a los tribunales y a los jueces que los conforman, llamando la atención de la ciudadanía sobre las decisiones que ellos toman y "traduciéndolas" a un lenguaje comprensible

por lectores legos.⁴⁵ La prensa y otros mecanismos informales han sido utilizados para lograr un efecto equivalente, aunque menos intenso, que el que se logra con la regla del precedente en países del *common law*. Finalmente, la posibilidad de emitir sentencias en abstracto y generales declarando la inconstitucionalidad de una norma, o la posibilidad de decidir casos colectivos que impactan sobre clases de personas, también ha sido crucial para favorecer la judicialización. Este último punto será analizado en el siguiente párrafo.

Instrumentos procesales

Otra condición relevante para el proceso de judicialización de la política ha sido la creación o redescubrimiento de instrumentos legales que han permitido a la sociedad civil activar la jurisdicción (a los jueces) y a los magistrados para tomar decisiones de impacto colectivo sobre clases de personas, o declarando la inconstitucionalidad de una norma en términos generales y no sólo en el caso concreto como sucedía tradicionalmente. Dos instrumentos legales merecen especial atención: la declaración abstracta de inconstitucionalidad, y la tutela o amparo, su nombre varía de país en país (que puede además plantearse colectivamente por una clase de personas o por una organización que

⁴⁵ En este sentido, son de destacar los observatorios de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) de Argentina y de la Fundación Conectas Sur de Brasil. Ver <http://www.adccorte.org.ar/> y <http://www.conectas.org/>. También ver iniciativas similares que han logrado interesar a los medios de comunicación para hacer balances de períodos anuales de Cortes Supremas, como el que publicaron más de veinte periódicos de Argentina en 2007 y 2008. Por ejemplo, ver el suplemento anual 2007 *La Corte Suprema al alcance del ciudadano*, preparado por la ADC y publicado en septiembre de 2007 en los diarios *Clarín*, *La Nación* y otros 19 periódicos nacionales o del interior del país (www.adc.org.ar).

represente el interés de esa clase de individuos, como sucede en algunos países de América Latina como por ejemplo en Argentina y Brasil).

Respecto de la declaración abstracta de inconstitucionalidad, es preciso decir que en general, en los países que han adoptado el modelo de Estados Unidos de control de constitucionalidad, éste sólo puede ser realizado en el contexto de un caso particular y concreto que llega a los estrados de un juez. Todos los jueces tienen individualmente en este modelo la facultad de ejercer este control (esto convierte al sistema de control en *difuso*) y los efectos de su decisión son sólo para el caso concreto. En el modelo europeo continental de control de constitucionalidad, lo más habitual es que el control lo realice un órgano no estrictamente judicial y que pueda hacerlo en abstracto, esto es, sin que la decisión se deba tomar en el contexto de un caso concreto. Finalmente, esa decisión en abstracto tendrá alcance general (*erga omnes*).⁴⁶ La mayoría de los países de América Latina han incorporado diferentes modelos, pero luego de las reformas implementadas en países como México y Colombia,⁴⁷ los sistemas de control de constitucionalidad se asemejan bastante al norteamericano aunque se han introducido, a veces, rasgos del sistema europeo. En el caso argentino, por ejemplo, el sistema es casi idéntico al de Estados Unidos (excepto por no contar con regla de precedente), pero en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

⁴⁶ Glendon, Mary *et al.*, *Comparative Legal Traditions*, Minnesota, St. Paul, 1994, Capítulo 3, pp. 130-165.

⁴⁷ Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte...", *cit.*; Uprimny Yepes, Rodrigo y García-Villegas, Mauricio, "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", en De Sousa Santos Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

por ejemplo, se ha incorporado en la Constitución local la posibilidad de solicitar al Tribunal Superior una declaración abstracta de inconstitucionalidad por parte de personas jurídicas (OSCs, por ejemplo). Por la facilidad que implica tramitar este tipo de casos en los que no hay contraparte, y por los efectos generales de la sentencia, este tipo de instrumentos han servido para activar a las OSCs en la realización de estrategias de litigio de interés público y a los jueces para tomar decisiones activistas en respuesta y aprovechando la oportunidad que esos planteos les brindan.

Por otro lado, la incorporación de acciones protectorias de derechos constitucionales con procedimientos ágiles y rápidos, ha también disparado una hiperactividad litigiosa desde la sociedad civil y su consiguiente activismo judicial.⁴⁸ Los casos más paradigmáticos en este sentido son los de Colombia con su tutela, Argentina con su amparo (y en particular la incorporación del amparo colectivo),⁴⁹ el de México con su

⁴⁸ Smulovitz, Catalina, "Ciudadanos, derecho y política", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997; Smulovitz, Catalina, "The Discovery of Law...", *cit.*; Smulovitz, Catalina, "Petitioning and Creating Rights: Judicialization in Argentina", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005; Domingo, Pilar, "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? ...", *cit.*

⁴⁹ Constitución Argentina, Artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y

acción constitucional y el de Brasil con la acción popular. El poder de estos instrumentos legales se incrementa cuando, como en el caso del amparo colectivo establecido en 1994 en Argentina, el reclamo puede ser planteado por una asociación civil que diga defender el interés o derecho de una clase de personas en situación equivalente (de discriminación, por ejemplo), logrando decisiones que *de hecho* son de alcance general y que se convierten en verdaderas órdenes emanadas del Poder Judicial a los Poderes Legislativos y Ejecutivos. La posibilidad de interponer estas demandas ha motivado acciones judiciales por parte de OSCs referidas a igualdad de acceso a servicios públicos, igualdad en el acceso a la educación, cuestiones ambientales, y hasta acciones dirigidas a controlar el funcionamiento de los órganos del estado.⁵⁰

La combinación de estos instrumentos procesales que estimulan la actividad litigiosa de las OSCs y de los activistas individuales de derechos humanos y acciones de interés público, se potencia con la facultad antes descrita que se le reconoce a los jueces de ejercer el control de constitucionalidad. Por supuesto, y como dije anteriormente, el nivel de litigiosidad aumentaría aún más si al activismo litigioso de la sociedad civil, estimulado por instrumentos procesales como los anteriormente señalados y el establecimiento del control judicial de constitucionalidad,

formas de su organización". El énfasis es mío. Ver Sabsay, Daniel, "El denominado 'amparo colectivo' consagrado en la reforma constitucional de 1994", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

⁵⁰ Maurino, Gustavo et. al., *Las acciones colectivas: Análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2005.

se le agregara esa característica tan particular del *common law* que es la regla de obligatoriedad del precedente o *stare decisis*. Si este fuera el caso, una OSC que representara los intereses de las personas con discapacidad, por ejemplo, sin necesidad de contar con una cesión explícita de representación en juicio, podría motivar una decisión judicial que impidiera la aplicación de una ley considerada por el juez y por la reclamante como inconstitucional y su impacto sería de índole general, deteniendo la aplicación de esa norma para todos los casos, en un ejercicio de virtual derogación legislativa por medio de una acción judicial. Este tipo de situaciones se han dado, por ejemplo, con la aplicación del amparo colectivo que estableció la Constitución argentina de 1994.

Confianza de la ciudadanía en los tribunales y desconfianza en la representación política tradicional

La hiperactividad litigiosa de OSCs que provoca, en algunos casos, un incremento de la actividad de los jueces en el sentido que describimos al comienzo de este ensayo, no sería posible si no mediara una relativa confianza en que esos jueces serán receptivos de las demandas que se les plantean. Aquí se da una situación relativamente paradójica, pues en casi todas las encuestas de la región sobre confianza de la gente en el Poder Judicial, los niveles de aprobación de éste poder del Estado son relativamente bajos en todos los casos. Sin embargo, podemos intentar una explicación que dé cuenta de esta aparente paradoja entre desconfianza de la ciudadanía hacia los jueces y recurso a ellos con reclamos que muchas veces intentan reemplazar la decisión política que debería haberse dado o debería darse en el ámbito de los

órganos políticos de gobierno. Por un lado, el Poder Judicial tiene la característica de no ser un poder monolítico o totalmente jerárquico. Si bien en el contexto de países que se inscriben en la tradición continental, la estructura judicial tiende a ser jerárquica, de modo de que los tribunales superiores (Cámaras de Apelaciones o Cámaras de Casación)⁵¹ tienen cierto poder de disciplinamiento de los inferiores, lo cierto es que cada juez es independiente del resto y debe decidir el caso que llega ante él en forma autónoma, autonomía que se profundiza cuando no existe regla de obligatoriedad de precedente (a este fenómeno se lo denomina *independencia interna*). Esto significa que dentro de un poder judicial compuesto por miles de magistrados que piensan de modo diferente sobre una multiplicidad de temas, las posibilidades de lograr una decisión favorable a las pretensiones que se reclaman no son escasas (esto a veces motiva lo que se denomina *forum shopping* o búsqueda del tribunal que se anticipa será más afín al reclamo). Además, si bien es cierto que los tribunales jerárquicamente superiores pueden ser menos activistas que los inferiores en un caso determinado, también es cierto que no todos los casos llegan a esas instancias superiores, pues para ello se requiere, por ejemplo, que la parte perdedora solicite la apelación, que ésta le sea concedida y que el tribunal superior falle a su favor. En algunos casos, esto no sucede, quizá, por ejemplo, en el caso en el que el condenado por un tribunal inferior sea el Estado o una empresa, éstos no quieren exponerse al desgaste de un juicio que se alarga y alcanza llegar a esos tribunales superiores, o a la posibilidad de perder el caso en esas instancias superiores

⁵¹ Damaska, Mirjan, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

en las que la repercusión pública y el impacto político del caso es más amplio y generalizado, con el costo reputacional consiguiente. Por otra parte, el éxito logrado por alguna OSC, un activista individual o una víctima en un tribunal, anima a otros en similares circunstancias a intentar imitar la estrategia. Además, usualmente frente a crisis políticas, los cambios introducidos en el proceso de designación de jueces, implementando reformas que le proveen de mayor transparencia y posibilidades de participación de la ciudadanía, inspiran en la ciudadanía una mayor confianza en los jueces de modo de que se sienten más estimulados a iniciar acciones que en otro momento pensaba no tendrían ningún futuro.⁵² Finalmente, el activismo de los jueces en causas de interés público o de ejercicio de derechos que claramente impactan en la calidad de vida de la gente, inician un círculo virtuoso de mayor litigiosidad que desencadena un mayor activismo, como veremos en el parágrafo siguiente.

Proclividad del Poder Judicial

El Poder Judicial, como señalé al comienzo de este ensayo, fue concebido en la mayoría de las repúblicas occidentales surgidas luego y bajo la inspiración de las revoluciones francesa y la de Estados Unidos, como un poder encargado de controlar a los gobiernos en cuanto al respeto que éstos le deben a las constituciones. Esas constituciones establecen

⁵² Esto sucedió en Argentina luego de la profunda crisis del 2001 y de los cambios introducidos en la designación de jueces de la Corte Suprema y de los tribunales federales en 2003. Ver Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005.

generalmente una división de jurisdicciones entre el gobierno central y los gobiernos locales, una división de poderes entre los ejecutivos y los legislativos (y de ambos con el judicial), y un límite al gobierno que consiste en la prohibición de que éste avance sobre los derechos reconocidos en la Constitución. Sin embargo, como señalé más arriba, los jueces, en la mayoría de los países de la región, han sido muy cautelosos en el ejercicio de este importantísimo rol de contralor y árbitro del sistema político, autolimitándose en extremo al ejercer ese poder, desarrollando, por ejemplo, doctrinas como la mencionada en el comienzo de este ensayo, de las *cuestiones políticas no justiciables*.⁵³ Una de las posibles explicaciones para esta autolimitación puede encontrarse en el hecho de que el Poder Judicial, como se suele decir, no tiene ni la espada ni la bolsa, en el sentido de que no cuenta ni con el poder de la fuerza ni con el poder del dinero. Es, según algunos autores, el poder menos peligroso de los tres, en comparación con el Legislativo y el Ejecutivo.⁵⁴ El poder de los jueces parece sólo apoyarse en su propia legitimidad, y esa legitimidad, a su vez, se genera a partir del modo en que son designados y la manera en que fundan sus decisiones de un modo razonado y con la mayor apariencia de neutralidad posible.⁵⁵ Esta debilidad estructural del Poder Judicial lo convierte en

⁵³ Ver la evolución de esta doctrina en el caso argentino en Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional...*, cit.

⁵⁴ Bickel M., Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁵⁵ Fiss, Owen, "The Right Degree of Independence", *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 25, 1993, p. 57. También publicado en Fiss, Owen, *The Law as It Could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003, p. 59. También: de S.-O.-LÉ. Lasser, Mitchel, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

altamente vulnerable frente a ataques y presiones, sobre todo de los fuertes Poderes Ejecutivos de los presidencialismos latinoamericanos. Si bien la mayoría de las constituciones de la región prevén diferentes estrategias para darle fortaleza a los jueces frente a estas poderosas amenazas (el carácter vitalicio de sus mandatos, la intangibilidad de sus salarios, etc.), sabemos que el poder político siempre ha encontrado la forma de amenazar la independencia judicial, a través, por ejemplo, de amenazas de juicios políticos, denuncias ante los Consejos de la Magistratura encargados de imponer sanciones disciplinarias a los magistrados, promociones, etc. Sin embargo, y debido a una multiplicidad de circunstancias, algunos poderes judiciales, algunos tribunales en particular o algunos jueces en forma individual han tomado la iniciativa de suscribir decisiones que, a la vez de ser independientes, generaron en la sociedad la expectativa de que se podía confiar en el Poder Judicial, con muchas prevenciones, claro. A veces, esta iniciativa se da por el conocimiento de los magistrados de que tienen espacio político para avanzar con decisiones activistas que antes no parecían ser toleradas por el poder político. Este podría ser el caso de la Corte Suprema de México respecto de decisiones en materia electoral hacia el final del período dominado por el PRI.⁵⁶ Otras veces, los tribunales han optado por avanzar con decisiones que, si bien pueden ser irrelevantes o no para el poder político, son de fundamental importancia para la gente y su vida cotidiana, ganando una enorme confianza y aprobación por parte de la ciudadanía en base a casos cuya resolución y remedios estructurales benefician a millones o miles de personas en lo que hace a su

⁵⁶ Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte..." *cit.*

calidad de vida. Los casos más paradigmáticos en este sentido en la región podrían ser la Corte Constitucional de Colombia desde mediados de los 90s y la Corte Suprema de Argentina en los años posteriores a la dictadura (de 1984 a 1987) y después de su renovación parcial a partir de 2003 y luego de una década de desprestigio, sospechas de corrupción y anuencia ciega con las iniciativas palmariamente inconstitucionales del Gobierno de Menem, sobre todo referidas al proceso de privatizaciones que impulsó el Presidente y la estrategia de acumulación de poder en manos del ejecutivo.⁵⁷ La Corte colombiana, por ejemplo, asumió la iniciativa de tomar posición en temas tan variados como corrupción política, emergencia, autonomía personal, derechos de minorías étnicas y culturales, poblaciones estigmatizadas (presos y desplazados internos), aspectos de la política económica, y protección de derechos sociales (como salud y educación).⁵⁸ La Corte Suprema de Argentina, por su parte, decidió o decidió activarse en al menos tres casos que le dieron una enorme legitimidad pública recobrando una importante porción del crédito perdido. Me refiero a un caso ambiental (la limpieza de un brazo del Río de la Plata que afecta a una parte importante de la población de la Ciudad de Buenos Aires desde hace décadas), un caso de condiciones de detención (referido a la necesidad de implementar políticas carcelarias que impidan la superpoblación en las prisiones de la Provincia de Buenos Aires)⁵⁹ y los derechos de los pensionados (exigiéndole al Estado que actualice los montos que

⁵⁷ Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte: La creación de un poder sin control y sin justicia*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

⁵⁸ Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia...", *cit.*

⁵⁹ CELS, *La lucha por el derecho...*, *cit.*

perciben millones de jubilados). Esta tendencia de algunos tribunales o jueces inferiores en términos individuales es una consecuencia pero también una causa y condición de una creciente judicialización y activismo judicial.

Impacto y riesgos de la denominada judicialización de la Política

Diferentes autores académicos y activistas han llamado la atención tanto sobre los beneficios como sobre los riesgos y aspectos negativos de la llamada judicialización de la política. Entre estos últimos, encontramos críticas que encuentran fundamentos en teorías democráticas que no toleran la interferencia del Poder Judicial con las decisiones de gobiernos democráticos, así como objeciones basadas en rasgos estructurales que distinguen al proceso de decisión que tiene lugar en los tribunales y que afectan la posibilidad de tomar ese tipo de decisiones o a la de hacerlas cumplir. Veamos a continuación algunos de los argumentos que se han desarrollado en uno u otro sentido.

Críticas al activismo judicial fundadas en teorías democráticas

Muchas democracias constitucionales, y este es también el caso de las de América Latina, han optado por reconocer a los jueces el rol de controlar la constitucionalidad de las decisiones tomadas por el gobierno desde cualquiera de sus órganos políticos, facultad que se conoce como control de constitucionalidad. El modo en que se ejerce este control y

el alcance que se le da a éste, sin embargo, dependerá de la concepción de la democracia que se tenga y del lugar que en ella se le dé a los jueces, formando ellos parte de un órgano que no se legitima por medio del voto ni por la representación política. Todo lo contrario, dado que su rol es el de controlar a las mayorías representadas en el gobierno y cuyo poder es el de tomar decisiones públicas, el diseño institucional generalmente protege y aleja a los jueces de cualquier influencia que sobre ellos pueda ejercer la mayoría política coyuntural. La opción por una judicatura con cargos vitalicios o con mandatos muy extendidos, y con mecanismos de remoción compleja de sus miembros es una estrategia habitual que busca aislar a los jueces de la presión democrática de las mayorías. Las teorías constitucionales que entienden el límite constitucional al gobierno como uno de tipo robusto y sustantivo, que incluye no sólo obligaciones negativas (como la obligación de no censurar, por ejemplo),⁶⁰ sino también obligaciones positivas (como la de asegurar el acceso a la salud, a la educación, o una regulación que proteja la diversidad de voces en un sistema democrático, por ejemplo), esperará de los jueces una actividad que muchas veces entrará en conflicto con la expectativa de que en una democracia la voluntad mayoritaria no debería ser desconocida y mucho menos anulada. Las teorías constitucionales que depositan una gran confianza en la sabiduría de la voluntad mayoritaria, verán al rol de los jueces como uno parecido al de un *referee* de un partido de fútbol, encargado de velar por el cumplimiento de las reglas del juego democrático en lugar entenderlo

⁶⁰ Saba, Roberto P., "La Constitución como Límite (Positivo y Negativo): El Caso de la Igualdad ante la Ley", en Gargarella, Roberto (comp.), *La Constitución 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

como un actor facultado a tomar decisiones que se asimilan a decisiones políticas o de políticas públicas que sólo el pueblo puede tomar desde esta perspectiva democrático-constitucional.⁶¹ Estas últimas posiciones, también denominadas democrático-radicales, verán con suma sospecha, y tendrán fuertes críticas frente a, cualquier avance de los jueces por sobre las atribuciones que serían privativas de las mayorías democráticas. La famosa y añeja prevención contra el gobierno de los jueces deriva de esta teoría democrático-constitucional. Por lo tanto, una primera crítica al activismo judicial está fundada en una teoría democrática que no reconoce en un órgano contramayoritario como el Poder Judicial, la facultad de contradecir la voluntad mayoritaria, a menos que, y para quienes adhieren a una versión más permisiva de la iniciativa judicial, los jueces actúen para impedir un movimiento político que no ha respetado procedimientos democráticos, pero hasta allí llegaría el permiso que estas teorías otorgarían a los jueces para avanzar sobre la política (un ejemplo de ellos podrían ser decisiones referidas a fraudes electorales o discriminaciones operadas en el proceso electoral).

Una variante de esta crítica democrática al activismo judicial, surge de la idea de que existen algunos temas que, por ser complejos e involucrar problemas o dilemas morales profundos, requieren de una amplia deliberación pública que no puede ser desplazada o impedida por la decisión judicial. Como la actividad de los jueces en torno al control de constitucionalidad requiere de la interpretación del texto constitu-

⁶¹ Ely, John, *Democracia y desconfianza*, Colombia, Universidad de los Andes, 1997, Capítulo 4, pp. 97-131; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", *cit.*; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

cional, algunas teorías inscriptas dentro del denominado *constitucionalismo democrático*,⁶² entienden que esa interpretación debe darse en el seno de los cuerpos deliberativos de gobierno o en la opinión pública en general. De este modo, el activismo judicial es percibido como un obstáculo a la deliberación pública de temas complejos, que muchas veces involucran decisiones morales, y que requieren de cierto grado de consenso popular para su decisión (el ejemplo clásico en este sentido es el de la despenalización del aborto).

Críticas al activismo judicial fundadas en la incapacidad técnica o estructural de los jueces para tomar decisiones relacionadas con políticas públicas

Por otro lado, aun cuando no se comparta la objeción democrática al activismo judicial descrita en el párrafo anterior, otra clase de críticas proviene de la creencia de que el Poder Judicial es incapaz de tomar decisiones que se relacionen o consistan en detener o impulsar políticas públicas. Esa incapacidad puede fundarse en dos tipos de razones. Por un lado, se entiende que ella se relaciona con la falta de *expertise* por parte de los jueces para conocer, criticar o decidir respecto de la enorme variedad de políticas públicas que se vinculan con los casos que deciden (políticas carcelarias, de salud, de educación, anti-discriminatorias, de seguridad social, ambientales, etc.). Sencillamente, se argumenta desde esta perspectiva, los jueces no están preparados

⁶² Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

para tomar esas decisiones. Su conocimiento sobre estas complejas políticas públicas es algo que no poseen ni podrán poseer, ni siquiera recibiendo asesoramiento. Estas políticas se diseñan y construyen a lo largo de años de trabajo incremental realizado por expertos y expertas en cada materia y simplemente el magistrado, en la soledad de su despacho, no puede reemplazar este complejo proceso de decisión técnica.

Por otro lado, también se argumenta que esa incapacidad de los jueces se funda en una característica estructural del proceso de decisión que consiste en que ellos tienen que tomar posición frente a casos puntuales que llegan a sus estrados y que justamente por ese motivo, por decidir en un caso aislado del contexto en el cual no se considera una variada gama de fenómenos y cuestiones ajenas al caso pero que están fuertemente relacionadas con la política en cuestión, el juez está incapacitado de dar una respuesta sistémica. También es cierto que otra crítica en un sentido similar, aunque simétrico, sostiene que como la resolución de algunos casos sólo puede darse desde una perspectiva sistémica, y como el juez no está preparado para darla por el tipo de procesos que deben seguir para dar su veredicto, entonces no debería estar facultado para decidir ese caso. En otras palabras, si la superpoblación carcelaria se generara por una pésima política pública de persecución penal originada en errores de diseño de esa política, una deficiente política de construcción de cárceles y el incremento de la aplicación de la prisión preventiva por decisiones individuales de jueces presionados por la opinión pública que reclama mano dura con los procesados, se dirá, desde el punto de vista de esta crítica, que un juez aislado en su despacho, que no es experto en ninguna de las políticas señaladas, que no maneja ni tiene control sobre el presupuesto ni sobre

los otros jueces que aplican esa prisión preventiva, no puede decidir el caso de uno de esos reclusos que reclaman por mejores condiciones de detención (mejor alimentación, más espacio por individuo, recreación, etc.) en forma aislada, dado que la causa del problema es estructural y requiere una respuesta estructural.

Frente a estas críticas, algunos tribunales han optado por no abandonar el activismo, pero, al mismo tiempo, por no dejar de intervenir en ese tipo de casos. La decisión del juez en cualquier caso termina con la orden a la parte perdedora de que active un *remedio* (concepto extraído del derecho anglosajón).⁶³ Ese remedio, en el caso de estos jueces, en lugar de ser una política pública concreta, consiste en la orden de adecuación, por parte del Estado, de las políticas actuales a los marcos constitucionales dentro de los cuales el tribunal exige que la política, decidida por los órganos políticos, se adecuen. En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia decidió un caso similar al de mi ejemplo hipotético anterior sobre la política carcelaria y las prisiones superpobladas, pero en lugar de exigir al estado provincial (se trataba de un caso contra un estado local) una política particular, le ordenó a ese estado tres cosas: al Poder Legislativo, que sancionara una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al Poder Judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitarán a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos

⁶³ Dobbs, Dan B., *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution (Hornbook Series Student Edition)*, Minnesota, West Publishing Company, 2a. edición, 1993; Fiss, Owen y Rendleman, Doug, *Injunctions*, University Casebook Series, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 2a. edición, 1984; Bergallo, Paola, *op. cit.*

en los que no fuera posible evitarla; y al Poder Ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amici curiae* (opiniones expertas de personas ajenas a la causa) para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional. De este modo, la Corte Suprema entendió que no renunciaba a su facultad de control judicial de constitucionalidad de la actividad del gobierno y que, al mismo tiempo, no interfería con las facultades políticas del gobierno democrático de decidir la política carcelaria.⁶⁴ Este tipo de decisiones novedosas y creativas que los jueces han intentado elaborar para no caer en la crítica de las posiciones democráticas que he descripto más arriba, se inscriben dentro de lo que algunos autores han denominado *experimentalismo judicial*, en el sentido de que no existe un solo y único modelo de respuesta judicial a este tipo de casos, sino que los jueces deben experimentar con remedios que crean se acomodan a las particularidades de cada situación.⁶⁵

Críticas al activismo judicial fundadas en la incapacidad para ejecutar las decisiones judiciales que impactan sobre la política

Finalmente, otra objeción al activismo judicial proviene de la incapacidad de los jueces de lograr, cuando su decisión implica la toma de una

⁶⁴ El caso al que me refiero se conoce como caso *Verbitsky* y fue impulsado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Una descripción del caso y de sus implicancias para el tema que nos ocupa puede verse en CELS, *La lucha por el derecho...*, cit.

⁶⁵ Sabel, Charles y Simon, William H., "Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004.

decisión política o la implementación de una política pública, que ella se cumpla. Aún cuando haya acuerdo en la legitimidad de los jueces para tomar decisiones denominadas activistas, e incluso si se reconoce que se encuentran capacitados para tomar esas decisiones, la objeción remanente podría ser que ellos no cuentan con las herramientas necesarias para forzar el cumplimiento de su decisión (volvemos así a la idea mencionada del poder "menos peligroso"). Supongamos que la afectación del derecho en cuestión encuentre como causa una legislación o una política pública deficitaria que requiera de una decisión legislativa y de presupuesto (que también depende de una decisión legislativa), como en el caso que mencioné más arriba sobre superpoblación carcelaria. Supongamos además que el juez decide, fundado en su obligación de controlar la constitucionalidad del proceder del gobierno, que éste debe legislar al respecto o construir más cárceles. En este caso, el cumplimiento de la decisión judicial está supeditado al procedimiento de votación parlamentaria previsto en la Constitución para tomar este tipo de decisiones. Si en el Parlamento no se reuniera la mayoría necesaria para cumplir con la sentencia judicial, el juez que la dictó no tiene a su alcance posibilidad alguna de forzar esa decisión. Esta incapacidad para ejecutar sentencias que requieran remedios estructurales que dependen del poder político, si éste no respondiera y obedeciera, socava la autoridad del juez que ordenó la medida y, a la larga, orada su poder de controlar al gobierno respecto de la constitucionalidad de sus actos. Este es el dilema en el que se encuentran encerrados los jueces cuando descubren que su facultad de control de constitucionalidad del accionar del gobierno en casos de violaciones estructurales de derechos, requiere de ellos una decisión que implica la puesta en marcha de un remedio también estructural que depende de la voluntad política

de aquél que está obligado, voluntad que el Poder Judicial no tiene ninguna capacidad de forzar. Algo similar sucede con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ellas también exigen un remedio estructural en función de lo establecido por el ya citado artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Críticas al activismo y al litigio de impacto estratégico por no ser efectivo con los fines que persigue

Dos críticas importantes se han dirigido desde la literatura y desde la política al litigio de interés público (estratégico o de impacto) que llevan a cabo las OSCs o los activistas individuales y que alcanzan también al activismo judicial en forma indirecta. La primera de esas críticas está fundada en la imposibilidad de saber con certeza cuál será el impacto real de la decisión judicial buscada, con miras a producir un cambio social o de política pública. El litigio estratégico aspira a formar parte de una acción compleja que incluye el *advocacy*, la comunicación, el *lobby* y otros medios con el fin de cambiar una política gubernamental o una práctica social. Algunos autores han intentado demostrar que la relación de causa-efecto entre ese litigio y la decisión que se logre (incluso cuando sea la buscada) no necesariamente impactará positivamente en el éxito del cambio buscado. Según esta tesis, la causalidad está sujeta a una enorme cantidad de variables que no se manejan en el litigio en cuestión, de modo que el resultado de un pleito, incluso cuando exitoso, puede impactar negativamente y en contradicción con los objetivos buscados. En otras palabras, el litigio y la decisión activista del juez pueden hacer más o menos daño a la causa a la que intentan

contribuir. La certeza sobre el impacto de la decisión tomada por un tribunal de justicia, estimulada en muchos casos por activistas de la sociedad civil, sobre la política que se intenta cambiar, es tan incierto que se parece a un disparo en la oscuridad.⁶⁶

La otra crítica se refiere a la falta de representatividad de la OSC que impulsa el caso y, por consiguiente, la falta de legitimidad de la decisión del juez que intenta ayudar a un grupo de víctimas que en muchos casos no han sido parte de la controversia judicial. En algunos casos de litigio de interés público se involucra a las víctimas y en ellos esta crítica es más débil, pero en los casos en los que una OSC se arroga la representación vicaria de un grupo de víctimas que jamás consintieron ser representadas en la causa judicial, se eleva el poder de esta objeción.⁶⁷

Algunas conclusiones: Debates paralelos sobre judicialización

En este breve ensayo he tratado de recorrer los diferentes debates que sobre el fenómeno de la denominada judicialización de la política se han planteado en la literatura y la discusión académica y política especializada, así como sobre los diferentes aspectos de ese intercambio de ideas referidos a subtemas relacionados con ese fenómeno.

Es preciso destacar que importantes porciones de esa literatura y de esos debates parecen correr por líneas paralelas sobre las cuales sería

⁶⁶ Rosenberg, Gerald N., *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

⁶⁷ Peruzzotti, Enrique, "Civil Society, Representation and Accountability...", *cit.*

conveniente explorar relaciones mutuas e intentar cruzar, de modo de enriquecer los intercambios y mejorar así la comprensión del objeto de estudio. A modo de ejemplo, podemos decir que se observa, en primer lugar, un núcleo robusto de discusión en torno a lo que algunos autores y autoras, sobre todo desde la ciencia política y las ciencias sociales, han denominado la judicialización de la política, caracterizado por la preocupación y curiosidad intelectual acerca del avance de las decisiones de los jueces sobre dominios a veces percibidos como privativos de la política. Esta percepción ha nutrido una rica discusión acerca del modo en que cierto repliegue o fracaso de los mecanismos tradicionales de representación han dado lugar a un reemplazo de instancias democráticas de decisión por los tribunales como nuevas ágoras políticas, carentes sin embargo de legitimidad democrática. Este debate también ha indagado sobre el impacto positivo y negativo, que esta judicialización tiene sobre la construcción de un régimen democrático de gobierno signado por la tradicional representación política, el respeto de los derechos constitucionales y la vigencia del *rule of law*.

Este debate emergente en forma predominante entre politólogos, se encuentra fuertemente relacionado con otro núcleo de preocupación, éste más predominante en la teoría jurídica y constitucional, con el que los primeros dialogan llamativamente muy poco, salvo algunas excepciones.⁶⁸ Me refiero a la literatura dirigida a desnudar, y a veces a superar, a la aparente paradoja que encierra el régimen democrático constitucional al suponer compatibles un sistema democrático de autogobierno y el

⁶⁸ Algunas de ellas son los trabajos ya referidos de Pilar Domingo, Rodrigo Uprimny, Enrique Peruzzotti, Catalina Smulovitz y Roberto Gargarella, que intentan construir puentes entre estos dos dominios.

establecimiento de un límite a ese gobierno.⁶⁹ Una provincia de este debate se corresponde con aquella producción referida a los cuestionamientos y defensas del modelo de control judicial de constitucionalidad y la denominada objeción contramayoritaria. Estos debates tienen como protagonistas a constitucionalistas o teóricos del derecho que rara vez se involucran con los protagonistas del debate sobre judicialización, pese a que ambos núcleos de discusión se encuentran fuertemente imbricados. Es verdad que el debate sobre judicialización intenta ser más descriptivo que normativo y que sucede exactamente lo inverso con el debate sobre el rol de los jueces en un régimen democrático constitucional con control judicial de constitucionalidad, sin embargo, también es cierto que el primero comprende presupuestos normativos acerca de los cuales puede enriquecerse tomando ideas del segundo y que el segundo supone cuestiones descriptivas sobre las que podría abreviar en el primero.

Otro eje de discusión y producción académica desde la esfera de lo jurídico es más reciente que el anterior, pero ha revitalizado, al menos en el hemisferio sur, sobre todo en algunos países de América Latina, como Argentina, Colombia y México, como así también India y Sudáfrica, el debate sobre democracia, constitución y los límites al rol de los jueces en velar por el respeto de esta última sin debilitar el rasgo deliberativo de la primera. Me refiero a la abundante producción que ha tenido lugar, muchas veces estimulada por decisiones paradigmáticas de

⁶⁹ Entre los trabajos que han expuesto esta paradoja, se pueden mencionar los siguientes: Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, *cit.*; Holmes, Stephen, *op. cit.*; Elster, Jon, "Regla de mayoría y derechos individuales", *cit.*; Gargarella, Roberto, "Constitución y democracia", *cit.*; Dworkin, Ronald, *op. cit.*

Supremas Cortes o Cortes Constitucionales de esos países que han tomado la iniciativa de exigir a sus Estados medidas positivas para lograr la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, o de derechos civiles y políticos cuya afectación reside en una política estructural, o la falta de ella. Este debate que es hoy frondoso y que se encuentra alimentado por una enorme cantidad de material, datos, y matices, no sólo parece haber pasado relativamente desapercibido entre aquellas personas interesadas desde la ciencia política por la judicialización, sino también por importantes sectores académicos dedicados al derecho y la teoría constitucional. Una posible explicación de este hiato, al menos en el dominio del derecho, puede estar dado por el hecho de que el debate constitucional en América Latina, sobre todo aquel referido a la dificultad contramayoritaria, ha sido influido y estimulado por discusiones académicas surgidas sobre todo en Estados Unidos, país en el que la tradición dominante del pensamiento jurídico no reconoce la unicidad que habitualmente se le concede a los derechos sociales en Europa o América Latina.

Otro importante cuerpo de literatura se relaciona con la naciente práctica en el seno de la sociedad civil de América Latina denominada de derecho de interés público, nacional e internacional, según la cual el derecho puede ser utilizado para promover cambios sociales a través de la estimulación de la decisión judicial por medios de casos paradigmáticos inscriptos en una estrategia política diseñada para avanzar con una agenda particular (lucha contra la pobreza, la discriminación, a favor del medio ambiente, etc.).⁷⁰ Esta literatura focaliza sobre la actividad liti-

⁷⁰ Por ejemplo, Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to transform Latin American States*, Chicago, University

giosa de la sociedad civil y tiene su contracara en los debates que tienen lugar, por un lado, sobre activismo judicial (igualmente alabado y demonizado, dependiendo de las posturas normativas que se adopten en el contexto del debate sobre democracia y control judicial de constitucionalidad), y por otro, con la cuestión de la *accountability* u obligación de rendición de cuentas de los gobiernos frente a la ciudadanía.

Es fascinante observar la forma en que cada uno de estos debates ha generado comunidades locales e internacionales de discusión, autores que son referentes en cada uno de ellos, líneas de trabajo más o menos antiguas que es posible detectar y seguir hasta sus orígenes (agendas de fundaciones internacionales, universidades, ONGs del norte y del sur, eventos políticos que operaron como disparadores, etc.). También es sorprendente el espacio que separa entre sí a estas comunidades de deliberación académica, política y activista. El potencial de comenzar a cruzar estas discusiones con el fin de lograr una mejor comprensión de los fenómenos que preocupan a todas estas personas y escuelas de pensamiento, es realmente enorme y el desafío sumamente estimulante. Aspiro a que este breve ensayo estimule ese urgente y necesario intercambio.

of Chicago Press, 2002; Trubek, David M. *et al.*, "Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas", *Case W. Res. Law Review*, Vol. 44, 1994, p. 407; Trubek, Louise G., "Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the 'New Public Interest Law'", *Wisconsin Law Review*, 2005, p. 455; Cummins, Scott L., "The Internationalization of Public Interest Law," *Duke Law Journal*, Vol. 57, 2008, p. 891; Bohmer, Martín, "La inexistencia del derecho de interés público", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nro 4, 1998.

Bibliografía

AA.VV., *Los límites de la democracia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2004, Buenos Aires, 2004.

AA.VV., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2002, Buenos Aires, 2002.

AA.VV., *Derecho y Pobreza*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2005, Buenos Aires, 2005, pp. 161-186.

AA.VV., *Rompiendo la indiferencia. Acciones ciudadanas en defensa del interés público*, Fundación Ford, Santiago de Chile, 2000.

AA.VV., *Sociedad Civil y Reforma Judicial en América Latina*, Centro Nacional para Tribunales Estatales (NCSC) y Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), Washington, 2005.

AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Buenos Aires,

Centro de Estudios de Legales y Sociales (CELS) y Editores del Puerto, 2008.

Abramovich, Víctor, "La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público. Materiales para una agenda temática", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones Especiales, Nro. 9, Santiago de Chile, 1999.

_____ y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

Abregú, Martín, y Ramos, Silvina (eds.), "La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática", *Cuadernos del Foro*, Año 2, núm. 3, Buenos Aires, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000.

Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999.

_____, *We the People*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

Alegre, Marcelo, "Igualitarismo, democracia y activismo judicial", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos

Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007.

Arantes, R.B., "Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil" en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Arato, Andrew, "Accountability y sociedad civil" en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005.

Barreto, Antonio y Cepeda, Manuel José (coords.), *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1999.

Batista Cavalcanti, Rosangela, y Sadek, María Teresa, "El impacto del Ministerio Público sobre la democracia brasileña: el resdescubrimiento de la ley", en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en

AA.VV., *Derecho y Pobreza*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2005, Buenos Aires, 2005, pp. 161-186.

Bickel M., Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

Bohmer, Martín, "La inexistencia del derecho de interés público", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nro 4, 1998.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS y Siglo XXI Editores, 2008.

Cepeda Espinosa, José, "The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Chayes, Abraham, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976.

Cole, David, *Engines of Liberty. The Power of Citizens Activists to Make Constitutional Law*, Nueva York, Basic Books, 2016.

Contarini, E *et. al.*, *Los derechos económicos, sociales y culturales: Un desafío impostergable*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1999.

Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018*, Santiago de Chile, CAF-Banco de Desarrollo de América Latina, noviembre 2018.

Courtis, Christian, "Estrategias para la utilización de las acciones de interés público en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales", en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones Especiales, núm. 9, Santiago de Chile, 1999.

_____, "Los reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en Bergalli, Roberto y Martyniuk, Claudio (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003.

Couso, Javier, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, núm. 2, 2004.

_____, "The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution That Never Was", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Cummins, Scott L., "The Internationalization of Public Interest Law," *Duke Law Journal*, vol. 57, 2008.

Dagnino, Evelina *et. al.* (coords.), *La disputa por la construcción democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Damaska, Mirjan, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

De S.-O.-l'E Lasser, Mitchel, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

De Sousa Santos, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Dezalay, Yves y Garth, Bryant G., *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to transform Latin American States*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

Dobbs, Dan B., *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution (Hornbook Series Student Edition)*, Minnesota, West Publishing Company, 2a. edición, 1993.

Domingo, Pilar, "La judicialización de la política: El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

_____, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation*

of Politics in Latin America, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

_____, "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", *Democratization*, vol. 11, núm. 1, Londres, Frank Cass, febrero 2004.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

Elster, Jon, "Regla de mayoría y derechos individuales", en Shute, Stephen y Hurley, Susan (eds.), *Sobre Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Ely, John, *Democracia y desconfianza*, Colombia, Universidad de los Andes, 1997.

Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Chicago Press, 1998.

Faundez, J., "Community Justice Institutions and Judicialization: Lessons from Rural Peru", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Finkel, Jodie, "Supreme Court Decisions on Electoral Rules alter Mexico's 1994 Judicial Reform: An Empowered Court", *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, 2003.

Fiss, Owen, "The Right Degree of Independence", *The Law as It Could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003.

_____, "The Right Degree of Independence", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, 1993.

_____, *The Law as It Could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003.

_____ y Rendleman, Doug, *Injunctions*, University Casebook Series, Nueva York, The Foundation Press Inc., 2a edición, 1984.

Galvis, María Clara y Salazar, Katya, "Derechos humanos y desarrollo económico: ¿cómo armonizarlos? Human Rights and economic development: how to harmonize them?", *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, núm. 9, 2013, pp. 195-203.

Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ionannis, *Juzgar en Estados Unidos. Cultura jurídica y common law*, Bogotá, Legis, 2006.

Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007.

———, "The majoritarian reading of the rule of law", en Maravall, José María y Przeworsky, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

———, "Constitución y democracia", en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.

———, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

Glendon, Mary Ann *et. al.*, *Comparative Legal Traditions*, Minnesota, St. Paul, 1994.

Gloppen, Siri; *et. al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary*, Londres, Frank Cass, 2003.

Hershkoff, Helen y McCutcheon, Aubrey, "Litigio de Interés Público: Una perspectiva internacional", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Holmes, Stephen, "Linages of the Rule of Law", en Maravall, José María y Przeworsky, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

———, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster John y Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

- _____ y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton and Co., 1999.
- Ibañez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.
- Isunza Vera, Ernesto y Olvera, Alberto J. (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México, Porrúa, 2006.
- Jacob, Herbert, et al., *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998.
- Laclau, Ernesto, *La razón populista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Luban, David, *Lawyers and Justice. An Ethical Study*, Princeton, Princeton University Press, 1988.
- Macaulay, F., "Private Conflicts, Public Powers: Domestic Violence in the Courts in Latin America", en Sieder, Rachel et. al. (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.
- Maravall, José María y Przeworsky, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Maurino, Gustavo, *et. al.*, *Las acciones colectivas: Análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2005.

McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

McCutcheon, Aubrey, "Clínicas de asistencia legal en las universidades: Una presencia internacional creciente con innumerables beneficios", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Merryman, John Henry, *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Miller, Jonathan M., "Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia", *El Derecho*, Buenos Aires, 17 de octubre de 1986.

———, *et. al.*, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, vol.1, Buenos Aires, Astrea, 1987.

Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

_____, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

_____, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.

O'Donnell, Guillermo, "Horizontal Accountability: Legal Institutionalization of Mistrust", en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher, *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, OUP, 2003.

_____, "Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones", en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latino-americanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

_____, "Justicia, política y derechos en América Latina. Apuntes para un diálogo interdisciplinario", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

Panfichi, Aldo (ed.), *Sociedad Civil, Esfera Pública y Democratización en América Latina: Andes y Cono Sur*, México, Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica, 2002.

Pérez Murcia, Luis Eduardo, "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas", en Pérez Murcia, Luis Eduardo et. al., *Los derechos sociales*

en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

———, "¿Cómo medir el cumplimiento de los derechos sociales? Un modelo de indicadores para monitorear y evaluar el disfrute del derecho a la educación", en Pérez Murcia, Luis Eduardo *et. al.*, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

———, *et. al.*, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

Pérez-Perdomo, R, "Judicialization and Regime Transformation: The Venezuelan Supreme Court, en Sieder, Rachel, *et. al* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Peruzzotti, Enrique, "Civil Society, Representation and Accountability: Restating Current Debates about the Representativeness and Accountability of Civic Organizations," en Jordan, Lisa y Van Tuijl,

Peter (eds.), *NGO Accountability. Politics, Principles and Innovation*, Londres, Earthscan, 2007.

_____ y Smulovitz, Catalina, "Accountability social: la otra cara del control", en Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

_____ (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

Pzeworsky, Adam, "Accountability social en América Latina y más allá", en Peruzzotti, Enrique, y Smulovitz, Catalina (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y Medios en las nuevas democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2001.

Restrepo, Esteban, "Reforma constitucional y progreso social: la 'constitucionalización de la vida cotidiana' en Colombia", en AA.VV., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2002, Buenos Aires, 2002.

Rosenberg, Gerald N., *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

_____, "La Constitución como Límite (Positivo y Negativo): El Caso de la Igualdad ante la Ley", en Gargarella, Roberto (comp.), *La Constitución 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

_____, "(Des)igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), 2007.

_____, "Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina", en AA.VV., *Los límites de la democracia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2004, Buenos Aires, 2004.

_____, "El movimiento de derechos humanos, las organizaciones de participación ciudadana y el proceso de construcción de la sociedad civil y el estado de derecho en Argentina", en Panfichi, Aldo (ed.), *Sociedad Civil, Esfera Pública y Democratización en América Latina: Andes y Cono Sur*, México, Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____, "La grieta más profunda," *Clarín*, Buenos Aires, 20 de marzo de 2019.

_____ y Bohmer, Martín, "Participación ciudadana en la Argentina: estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos", en Abregú, Martín y Ramos, Silvina (eds.), *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática, Cuadernos del Foro*, año 2, núm. 3, Buenos Aires, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000. También publicado en AA.VV., *Rompiendo la indiferencia. Acciones ciudadanas en defensa del interés público*, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Sabel, Charles y Simon, William H., "Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, p. 1015.

Sabsay, Daniel, "El denominado 'amparo colectivo' consagrado en la reforma constitucional de 1994", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

Sandoval Terán, Areli, "Experiencias de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales en México desde organizaciones de la sociedad civil", en Isunza Vera, Ernesto, y Olvera, Alberto J. (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México, Porrúa, 2006.

Shifter, Michael, "Estableciendo las bases: Usos de la investigación relacionada con el derecho", en McClymont, Mary y Golub, Stephen (eds.), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el Área de Derecho*

de los Donatarios de la Fundación Ford en el Mundo, Santiago de Chile, Fundación Ford, 2000.

Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Sikkink, Kathryn, "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Smulovitz, Catalina y Peruzzotti, Enrique, "Societal and Horizontal Control: Two of a Fruitful Relationship", en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher, *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, OUP, 2003.

Smulovitz, Catalina, "Acciones en defensa de intereses públicos. Comentarios desde la ciencia política", en González Morales, Felipe (ed.), *Clínicas jurídicas y las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.

———, "Ciudadanos, derecho y política", en González Morales, Felipe, *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

———, "The Discovery of Law: Political Consequences in the Argentine Case", en Dezalay, Yves y Garth, Bryant (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, Michigan University Press, 2002.

_____, "Petitioning and Creating Rights: Judicialization in Argentina", en Sieder, Rachel *et al.*(eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.

Thede, Nancy, "Derechos humanos, nuevas democracias y rendición de cuentas: logros y desafíos", en Isunza Vera, Ernesto, y Olvera, Alberto J. (coords.), *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social*, México, Porrúa, 2006.

Trubek, David M. *et al.*, "Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas", *Case W. Res. Law Review*, vol. 44, 1994.

Trubek, Louise G., "Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the 'New Public Interest Law'", *Wisconsin Law Review*, 2005.

Tushnet, Mark V., *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1987.

Uprimny Yepes, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

_____, "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia", en Gloppen, Siri *et. al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary*, Londres, Frank Cass, 2003.

_____ y Rodríguez Garabito, César, "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria" en Pérez Murcia, Rodrigo *et. al.*, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), Colección Ensayos y Propuestas, núm. 3, 2007.

_____ y García-Villegas, Mauricio, "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", en De Sousa Santos, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

_____ *et. al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

_____ *et al.*, *Los jueces: entre el derecho y la política*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2008.

Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte: La creación de un poder sin control y sin justicia*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

Walker, Samuel, *In Defense of American Liberties. A History of the ACLU*, Carbondale, Southern Illinois University Press, 1990.

Wilson, B.M., "Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court", en Sieder, Rachel *et. al.* (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, New York y Basingstoke, Palgrave Maxmillan, 2005.